

Alternativas interpretativas, dogmática y decisión política en torno al delito de enriquecimiento ilícito de funcionarios públicos (*)

POR JOSÉ LUIS ENNIS (**)

Sumario: I. Introducción.— II. Propuestas de la dogmática en torno a la estructura típica del enriquecimiento ilícito.— III. Estructura típica y prescripción.— IV. La cuestión en la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires.— IV. Las consideraciones valorativas y políticas ante las alternativas dogmáticas y sus consecuencias.— VI. La imprescriptibilidad como alternativa no plausible.— VII. Consideraciones finales.— VIII. Bibliografía.

Resumen: en el presente trabajo se intenta destacar la incidencia concreta que puede asumir en la perseguibilidad de hechos de corrupción la opción por alguna de las alternativas interpretativas que la dogmática ha ensayado respecto del delito de enriquecimiento ilícito de funcionario público contemplado en el artículo 286 (2) del Código Penal, considerando además las vinculaciones que existen entre la estructura típica y el régimen de prescripción de la acción. Se destaca en esa línea la importancia de asumir el carácter político de esta opción por sobre las consideraciones de estricta técnica jurídica.

Palabras claves: corrupción - funcionario público - enriquecimiento - prescripción

Dogmatik und Politik über das Verbrechen der illegalen Bereicherung von Beamten

Abstrakt: *bei dem vorliegenden Aufsatz wird es angestrebt, die tatsächliche Auswirkung hervorzuheben, die auf die Verfolgung von Korruptionstaten die*

(*) Una primera versión de este trabajo, ahora ampliado y actualizado en algunos aspectos de relevancia, fue presentada por el autor como ponencia en el Congreso de Derecho Penal y Procesal Penal para estudiantes y jóvenes graduados en la Universidad Nacional de Buenos Aires, el 23 de septiembre de 2016.

(**) Jefe de Trabajos Prácticos ordinario Derecho Penal I, Cátedra 1, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional de La Plata, UNLP. Subsecretario a cargo de la Sala de Relatoría Penal de la Procuración General de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires.

Entscheidung für eine unter den bereits von der Dogmatik angesichts dem Straftat der ungerechtfertigten Bereicherung öffentlicher Beamter gemäß dem Art. 286 (2) des argentinischen strafrechtlichen Kodex versuchten Deutungsalternativen einnehmen kann. In diesem Rahmen werden ebenso die Verknüpfungen zwischen dem Tatbestand und der für diesen Tat vorhandenen Verjährungsregelung in Anbetracht genommen. Besonders wichtig ist in diesem Sinne die eher politische als streng technisch-juristische Natur solcher Entscheidungen zu berücksichtigen.

Schlüsselwörter: *korruption staaten - öffentlicher Beamter - Bereicherung - Verjährungsregelung*

I. Introducción

El objeto del presente trabajo es analizar los problemas de distintos órdenes que plantea la interpretación y aplicación de la normativa de fondo que contempla una de las figuras penales previstas por el legislador nacional para reprimir el enriquecimiento ilícito o injustificado de funcionarios públicos, como una de las específicas modalidades que puede asumir el fenómeno de la corrupción.

En esa línea, intentaremos demostrar la estrecha vinculación que existe entre los problemas procesales o de perseguibilidad, los de orden estrictamente dogmático y la naturaleza política de la decisión que subyace en toda interpretación de la ley.

Con ese propósito, incorporaremos al análisis, desde un principio, dos variables particularmente relevantes: en primer lugar, el Código Penal. Como compendio ordenado de normas de fondo que regula algunas cuestiones de naturaleza procesal innegable, entre ellas, las referidas a la acción penal en general y en particular, las que estructuran el régimen de extinción de la acción penal por prescripción. En segundo término, es claro que el derecho penal y el derecho procesal, como disciplinas autónomas, guardan una estrecha vinculación y cierto grado de dependencia, especialmente en el plano ideológico o político criminal, pues los principios que estructuran ambos saberes son o deberían ser estrictamente paralelos, pues ambas disciplinas tienen como normas primarias a la Constitución Nacional y a los instrumentos de derecho internacional (Zaffaroni, 2002: 165). Esta estrecha vinculación o dependencia es particularmente intensa para quienes consideran que derecho penal y procesal penal no son más que partes de un único sistema penal, que exige coherencia, en particular política, entre los subsistemas (Binder, 1997: 27).

Con este marco de referencia intentaremos demostrar cómo la opción por una determinada interpretación de la normativa de fondo —en concreto, de la figura del enriquecimiento ilícito de funcionario público—, incide directamente en

el régimen de prescripción de la acción penal correspondiente y en qué medida ello se puede transformar en un obstáculo concreto para la perseguibilidad de determinadas conductas que la propia Constitución Nacional impone perseguir penalmente.

Nos limitaremos a reseñar, esquemáticamente, las líneas del intenso debate, reflejado en la jurisprudencia nacional de distintos niveles, en torno a los alcances de la figura del enriquecimiento ilícito de funcionarios públicos, concentrándonos en dos aspectos puntuales del mismo: la necesidad de incorporar al régimen de extinción de la acción penal por prescripción como una variable importante en la consideración del problema, la incidencia que en la materia correspondería asignar al principio *pro homine*, como pauta o criterio general de interpretación de la ley, y la posibilidad de recurrir a los instrumentos internacionales suscriptos por el Estado Nacional para optar por una u otra de las variables interpretativas a las que el texto legal ha dado lugar.

Sumaremos, además, un referencia puntual a la doctrina legal de la Suprema Corte de Justicia en la materia, destacando como dato de interés la existencia de pronunciamientos contradictorios en el seno de ese tribunal, obligado por distintas circunstancias a alterar su natural integración.

A partir de ese ejemplo, y retomando la vinculación del tema con mandas constitucionales y convencionales impone incorporar a la discusión la variable política o, más precisamente, hacer explícita la consideración de determinados principios de moral política que presupone toda decisión jurídica.

II. Propuestas de la dogmática en torno a la estructura típica del enriquecimiento ilícito

El artículo 268 (2) del Código Penal argentino, reprime con reclusión o prisión de dos a seis años, multa del cincuenta por ciento al ciento por ciento del valor del enriquecimiento e inhabilitación absoluta perpetua a quien “al ser debidamente requerido, no justificare la procedencia de un enriquecimiento patrimonial apreciable suyo o de persona interpuesta para disimularlo, ocurrido con posterioridad a la asunción de un cargo o empleo público y hasta dos años después de haber cesado en su desempeño”. Precisa luego que el enriquecimiento puede consistir tanto en un incremento patrimonial en dinero, cosas o bienes, como en la cancelación de deudas o extinción de obligaciones y que la misma pena corresponde a toda persona “interpuesta para disimular el enriquecimiento”.

La figura descripta por esa norma —incorporada al Código por la ley 16.648, sobre la base de un proyecto de Ricardo C. Núñez que reconoce como antecedente

inmediato al Proyecto de Código Penal de 1960 (Buompadre, 2011: 862)— ha sido objeto de un intenso y polémico tratamiento dogmático del que han surgido, básicamente, tres líneas interpretativas en lo que concierne a la estructura típica de la figura penal, que pasamos a reseñar.

II.1. El enriquecimiento ilícito como tipo omisivo

Una parte importante de la doctrina nacional sostiene la tesis de la omisión, ubicando al núcleo de la figura en la falta de justificación del enriquecimiento apreciable ante el requerimiento debidamente formulado (Caballero, 1997: 793; Soler, 1988: 264; Creus, 1981: 422 y 1991: 323; Núñez, 1985: 441; Chiappini, 1986:853; Laje Anaya, 1981: 160; Donna, 2008: 451; Buompadre, 2011: 871), admitiendo incluso en algún caso que el enriquecimiento podría provenir, incluso, de operaciones lícitas (Creus, 1991: 323).

Se ha entendido que la situación típica en la que adquiere relevancia jurídico penal la omisión mencionada tendría lugar una vez que se formule el requerimiento de justificación, que podría provenir de una autoridad administrativa o de la autoridad judicial que lleva adelante la instrucción de la causa. Se ha objetado que, en esta última alternativa, el delito se consumaría ante el juez en el marco de un proceso penal iniciado para investigar una conducta que, hasta ese momento, sería atípica.

Intentando sortear esta crítica se ha sostenido que lo que se sanciona es no justificar el enriquecimiento objetivo, comprobado, notorio y apreciable del funcionario público, cuando esta condición y aquella circunstancia así lo imponen, para evitar que el bien jurídico tutelado, que no es otro que la imagen de transparencia, probidad y pulcritud de la administración pública, sea lesionado (De Luca y López Casariego, 2000: 251), de modo tal que sería el propio sujeto activo quien generaría, al enriquecerse, la situación típica.

II.2. El enriquecimiento ilícito como tipo activo

Algunos autores interpretan que el tipo en cuestión presenta la estructura de un tipo doloso activo, considerando que la conducta típica consiste en el obrar del funcionario que conduce al enriquecimiento apreciable y desproporcionado frente a la magnitud de sus ingresos legítimos.

Entre quienes adscriben a esta postura, la ausencia de justificación posterior puede ser considerada una condición objetiva de punibilidad (Fontán Balestra, 1990: 366) o de procedibilidad (Sancinetti, 1994: 109).

En este grupo podemos ubicar también a quienes, poniendo el acento en el deber de austeridad que pesa sobre los funcionarios públicos que deriva del propio principio republicano de gobierno (artículos 1 y 33 de la Constitución Nacional [CN] y 2 inc. a) de la ley 25.188), sostienen que es irrelevante que el incremento patrimonial apreciable derive de una conducta activa u omisiva del agente. El fundamento del injusto sería el enriquecimiento, comportando el requisito de no justificación un “especial elemento de la antijuridicidad necesario (requisito positivo) para constituir el injusto penal, no para excluirlo” (Magariños, 2004: 724).

Esta alternativa fue la adoptada, en definitiva, por la Sala IV de la Cámara Nacional de Casación Penal en la causa “Alsogaray” y luego por la Corte Suprema, por remisión al dictamen del Procurador, en la sentencia dictada en esa causa el 22 de diciembre de 2008 (CSJN Fallos 331: 2799).

En este último pronunciamiento se indicó que el bien jurídico tutelado es el interés público por la transparencia y probidad en el desempeño de los funcionarios, y que se lo lesiona mediante el “(...) enriquecimiento apreciable e injustificado del agente público durante la vigencia de la relación funcional”, que es aquel que “(...) resulta considerable con relación a la situación económica del agente al momento de asumir el cargo y que no está de acuerdo con las posibilidades de evolución normal de aquélla durante el tiempo del desempeño de la función” y que no tiene origen en “(...) una fuente legítima compatible con el desempeño en el cargo“. La falta de justificación no sería la que proviene del funcionario cuando es requerido, sino la que resulta de la comprobación “(...) de que no encuentra sustento objetivo en los ingresos registrados del agente”, por lo que “no se castiga en virtud de una presunción, sino por el hecho cierto y comprobado de que el funcionario se enriqueció durante el ejercicio de la función pública de modo apreciable e injustificado, quehacer que se vincula con los delitos de acción”.

II.3. La figura “compleja”

Se ha planteado una tercera alternativa, sostenida originariamente por Ricardo Núñez, a quién se le atribuye la autoría de la fórmula legal, que asigna a la figura una estructura delictiva compleja, integrada por una parte activa —enriquecerse apreciablemente— y otra omisiva —no justificar posteriormente su origen— (Núñez, 1992: 144).

Tanto en esta tercera alternativa, como en la que asume que se trata de un tipo activo, la objeción vinculada a la compatibilidad de un requerimiento de justificación con la garantía constitucional que prohíbe la autoincriminación coactiva cobra particular relevancia.

Sin embargo, estas dos últimas alternativas interpretativas —que incorporan con distinta intensidad la referencia al aspecto omisivo del tipo—, también podrían sortear las objeciones constitucionales planteadas. Así, la mera intimación a un funcionario público para que justifique un supuesto aumento de su patrimonio, no constituye de por sí una medida incompatible con las garantías constitucionales del requerido, pues en un régimen representativo y republicano (artículos 1 y 33 de la CN) enmarcado en un sistema democrático (artículo 36, 1º párrafo de la CN) al estado no le está prohibido exigir a los representantes del pueblo (artículo 22 de la CN) una rendición no sólo de las cuentas cuya administración se les confió, sino, también, de la evolución de su patrimonio, teniendo en cuenta el declarado bajo juramento, al inicio del mandato (artículo 36, párrafos 5º y 6º y artículo 38, donde se prescribe que los partidos políticos deberán dar publicidad al origen y destino de sus fondos).

A ello se puede agregar que, a la luz de la severa cláusula del artículo 36, penúltimo párrafo de la Constitución Nacional ya citado, “no resulta en principio lesiva esta justificación del patrimonio acrecido durante su mandato que se le exige al funcionario, sino, más bien, una reglamentación racional y posible de tal precepto (artículo 928)” (del dictamen del Procurador General al que se remitiera la Corte Suprema de Justicia de la Nación en “Bussi, Antonio Domingo” sentencia del 18/12/2003).

La posibilidad de requerir del funcionario una adecuada justificación del incremento de su patrimonio no significa, en modo alguno, invertir la carga de la prueba en el proceso penal, sino cumplir con una previsible exigencia de su especial condición, previa a la sustanciación del proceso e incluso al ejercicio del primer acto de defensa. La “obligación” de justificar no parte de un organismo del estado en el ejercicio de la actividad encaminada a la persecución de delitos, sino del régimen legal de la función pública, que cuenta con sustento en las cláusulas constitucionales antes citadas.

III. Estructura típica y prescripción

En el debate dogmático reseñado, en gruesos trazos, en los apartados precedentes, no se ha destacado —con la importancia que asume a la luz de los hechos— la incidencia que, inevitablemente, ejerce la opción por una de las alternativas interpretativas planteadas en la determinación de los plazos de prescripción de la acción penal correspondiente al delito en cuestión, en la medida que ese plazo empieza a correr desde el día en que se cometió el delito, conforme lo dispuesto en términos generales por el artículo 63 del Código Penal.

Cabe destacar que otro factor relevante en este aspecto es la previsión del artículo 67 del mismo Código, que establece que el plazo de la prescripción se suspende, en los delitos cometidos en el ejercicio de la función pública, mientras cualquiera de los que hubieren participado se encuentre desempeñando un cargo público.

De este modo, es claro que la opción por la estructura típica activa impone ubicar el comienzo del plazo de prescripción en un momento anterior al que corresponde a las otras dos opciones interpretativas, en las que la falta de justificación posterior al requerimiento pondría el *dies a quo* correspondiente en una fecha ulterior, toda vez que el enriquecimiento al que alude el tipo es lógicamente previo a su falta de justificación.

IV. La cuestión en la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires

Nos detendremos ahora en una serie de pronunciamientos de la Suprema Corte bonaerense en los que aquella concreta incidencia de la opción interpretativa en las posibilidades concretas de perseguibilidad se ha visto materializa, presentando la serie completa de matices posibles, a punto tal que resultaría difícil precisar los alcances de la doctrina legal del alto tribunal provincial en la materia.

Es preciso destacar que la doctrina de los superiores tribunales de provincia es determinante en el caso, pues la interpretación y aplicación de la ley de fondo es una materia reservada por las jurisdicciones locales, conforme lo dispuesto por los artículos 75 inc. 12 y 116 de la Constitución Nacional y tal como la ha reconocido expresamente, en reiteradas oportunidades, la Corte Suprema de Justicia de la Nación (conf. Fallos 333:866 y sus citas).

En concreto, puede señalarse que en los fallos dictados en P 72.733 “Carnevale” el 15/03/2000, primero (1), y luego en P 90.595 el 07/05/2004; P 93.737 el 05/05/2010 y P 101.271 el 04/03/2015, la mayoría del Superior Tribunal provincial se inclinó por la tesis comisiva, ubicando en consecuencia en el momento del enriquecimiento o, en todo caso, en el del cese de la función el inicio del plazo de prescripción de la acción penal correspondiente.

(1) Estrictamente, en el voto del Juez Ghione que se impusiera en “Carnevale” se indicó que “en este caso es innecesario referirse tanto al momento consumativo del delito de enriquecimiento ilícito como a la cuestión de la existencia o no de un delito continuado” por considerar que había operado la causal de suspensión de la prescripción del segundo párrafo del artículo 67 del Código Penal. Sin embargo, fue invocado luego como antecedente de la doctrina sentada en los que se citan a continuación.

A diferencia de lo que ocurriera en esos pronunciamientos, al dictar sentencia en las causas P 91.426 del 26/08/2009, P 91.943 del 19/05/2010, P 89.715 del 26/10/2011 y P 95715 del 16/05/2012, la Corte consideró —en todos los casos por mayoría— que el delito previsto en el artículo 268 (2) del CP tenía una estructura omisiva.

Aun cuando no constituya el objeto de este trabajo es preciso destacar que el dictado de pronunciamientos basados en criterios diferentes, e incluso contradictorios en ciertos aspectos, por un mismo tribunal superior en un mismo período de tiempo responde a motivos coyunturales que podrían explicarse, sintéticamente, a partir de las numerosas excusaciones de jueces de la Corte provincial en casos en los que el imputado fue funcionario del poder ejecutivo provincial —en la mayoría de los casos, una alta autoridad de las fuerzas de seguridad provinciales— durante el mismo período en el que también cumplieran funciones en el ámbito del poder ejecutivo provincial quienes luego fueran designados jueces de la Suprema Corte. Este dato, que podría sumarse a cualquier estudio crítico de los procesos de designación de los integrantes del poder judicial, podría ser objeto de otro tipo de análisis que excede claramente el enfoque estrictamente jurídico.

Anticipando alguna de las consideraciones que se formularán más adelante, es oportuno señalar que la inexistencia de una doctrina legal precisa y unívoca del alto tribunal provincial en la materia es tan preocupante en el plano técnico jurídico como en el político, en la medida que no es posible establecer en términos claros la orientación de las decisiones del órgano superior de uno de los poderes del estado provincial en una materia que involucra, nada más y nada menos, que al ejercicio del poder punitivo frente a casos de corrupción de funcionarios públicos.

V. Las consideraciones valorativas y políticas ante las alternativas dogmáticas y sus consecuencias

Llegamos así al punto en el que es preciso reflexionar sobre los criterios que fundan la adopción de una u otra postura dogmática, incorporando a las consecuencias procesales concretas o de “perseguidibilidad” de una u otra opción como una variable determinante en el análisis.

Asumimos, desde ya, que no es posible plantear entre aquellas opciones oportunamente reseñadas una disyuntiva que separe a la correcta, verdadera o acertada —tanto en el plano de la compatibilidad constitucional como en el estrictamente dogmático— de las incorrectas, falsas o desacertadas, pues en definitiva se plantea una elección entre alternativas interpretativas posibles que responde, en último término, a una opción política. Fue claro, en ese sentido, el propio Procurador General cuando, en el dictamen al que luego se remitiera la corte en

“Alsogaray” descartó que una determinada interpretación de la regla en examen sea “la única admisible desde la óptica constitucional”.

Los jueces no pueden —o no deberían— basar sus decisiones exclusivamente, al menos en los casos difíciles, en consideraciones técnicas, sino que deben hacerlo incorporando expresamente las de índole política, sobre la creencia de que ciertos principios de la moral política son correctos o al menos preferibles a otros. Se prioriza de ese modo una concepción del derecho centrada en los derechos —de la comunidad política como tal, en nuestro caso—, más que en los reglamentos (Dworkin, 2012: 26 y ss.). En esta línea podríamos indicar que, si se admite que las decisiones políticas traspasan la dogmática jurídico penal en todos sus aspectos (Zaffaroni, 2000: 132), sería recomendable que los jueces expliciten en sus decisiones, adoptadas con el auxilio de las construcciones de los teóricos del derecho, esas definiciones políticas subyacentes a la decisión del dogmático y a la del propio juez.

En este contexto, entiendo que es posible optar por una alternativa que, salvando las objeciones constitucionales que podrían formularse, aleje en el tiempo, en la medida de lo posible y respetando la resistencia semántica de la fórmula legal, el momento de inicio del plazo de prescripción correspondiente —alejando al mismo tiempo al ejercicio efectivo de la función pública, con la posibilidad de influir en las autoridades llamadas a investigar, perseguir y juzgar la conducta del funcionario en el plano penal, del momento en el que esto último ya no es posible por el transcurso del tiempo—. En términos generales, esta alternativa sería aquella que considera a la figura del artículo 286 (2) del Código Penal un tipo de estructura compleja, que combina un comportamiento activo (el enriquecimiento) con una omisión posterior (la falta de justificación ante el requerimiento formulado en sede judicial o administrativa), y conforme la cual el momento de la consumación se trasladaría, con el momento en el que comienza a correr el plazo de la prescripción, al momento en el que el funcionario o ex funcionario requerido no justifica el enriquecimiento apreciable e incompatible con los ingresos provenientes de la remuneración propia de aquella actividad.

V.1. Los compromisos internacionales asumidos por el estado argentino

Esta elección u opción interpretativa reconoce, expresamente, sus fundamentos políticos, que se vinculan con las obligaciones asumidas por el estado argentino respecto de la persecución y represión de aquellos delitos que puedan vincularse con el fenómeno de la “corrupción”.

La primera referencia en este sentido es el propio artículo 36 de la Constitución Nacional, que constitucionaliza al delito en cuestión y que es coherente con la

incorporación a la legislación interna de la Convención Interamericana contra la Corrupción (ley 24.759) y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (ley 26.097) y con lo dispuesto por la Ley 25.188 de Ética Pública.

La Convención Interamericana establece que el delito de enriquecimiento ilícito será considerado un acto de corrupción para los propósitos de la convención y, al enunciar esos propósitos, menciona el de promover y fortalecer el desarrollo “de los mecanismos necesarios para prevenir, detectar, sancionar y erradicar la corrupción”. En similares términos lo establece la Convención de las Naciones Unidas citada (artículos 1 y 20). Este último instrumento contiene una referencia específica a la prescripción, proponiendo la adopción de plazos amplios y de causales específicas de interrupción (artículo 29).

Estas disposiciones convencionales dan cuenta del compromiso asumido por el estado argentino para perseguir eficazmente estos delitos y no pueden ser dejadas al margen a la hora de priorizar una interpretación de la ley por sobre otras.

V.2. Los alcances del principio *pro homine*

Con el marco de referencia que trazan la normativa constitucional y convencional antes mencionada es cuestionable que también en este ámbito —en el que existen un imperativo constitucional y un expreso compromiso a nivel internacional— se imponga necesariamente la opción interpretativa menos extensiva de penalidad como la única admisible.

Es decir, podría asumirse en el caso que no rige con la misma intensidad que en otros supuestos la aplicación del principio *pro homine* como pauta genérica que permitiría orientar las decisiones del intérprete hacia la más restrictiva de punibilidad, tal como lo hiciera expresamente, al pronunciarse sobre las alternativas interpretativas que se presentaban ante el texto del artículo 76 bis del Código Penal, la Corte Suprema de Justicia en “Acosta Alejandro Esteban s/Infracción Artículo 14, 1º párrafo ley 23.737 - causa N° 28/05”.

En primer lugar, porque la distinción entre particulares y estado, que impone priorizar la interpretación que más restringe la injerencia punitiva de éste sobre aquellos se relativiza cuando, como en el caso bajo análisis, los términos de la relación se alteran, pues no se trata de simples particulares frente al estado, sino de funcionarios públicos o agentes de ese mismo estado.

En segundo término porque, como se indicó, es la misma normativa internacional de la que se infiere la existencia de este principio cuya aplicación se extiende al ámbito jurídico interno, la que impone la persecución penal de estos delitos

que, como el fenómeno de la corrupción en general, presentarían más de una conexión con las graves violaciones a los derechos humanos.

VI. La imprescriptibilidad como alternativa no plausible

En una reciente decisión de la Sala II de la Cámara de Federal de Apelaciones de La Plata (“M. D. M. y otros s/ 296 en función del 292, 172, 54 y 55 CP”, sentencia del 06/10/2016) la cuestión que venimos trabajando ha sido considerada desde un punto de vista que rompe el molde: se ha considerado que los delitos que constituyan actos de corrupción en el ejercicio de la función pública son imprescriptibles.

En el voto del juez Schiffrin, que abre el acuerdo, se realiza una extensa cita de antecedentes bíblicos y romanos, rematada con una exhortación a asumir ante la corrupción “un grado importante y extendido de moral cívica, de preocupación por el bien común” para que “(...) el torrente ígneo de la profecía bíblica corra por las estructuras de nuestra antigua y elaborada tradición penal románica”. Se señala luego que nuestro país ha celebrado dos convenciones contra la corrupción, una, la Convención Interamericana contra la Corrupción (Caracas, 29/03/1996), aprobada por ley 24.759, del 04/12/1996 y la otra, Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (Nueva York, 31/10/2003), incorporada por ley 26.097 del 10/05/2006, ambas sin rango constitucional.

Menciona luego el trabajo de Andrés Gil Domínguez, que da cuenta de numerosos proyectos de ley sobre la imprescriptibilidad de los delitos vinculados a la corrupción (Gil Domínguez, 2015), un trabajo de Carlos A. Ghersi, otro de Natalia Volosín y doctrina norteamericana, cuidándose de establecer una equiparación entre estos delitos y los de *lesa* humanidad, para encontrar finalmente el fundamento constitucional de la imprescriptibilidad de los delitos de corrupción en la expresión “asimismo” del cuarto párrafo del artículo 36 de la CN, que permitiría extender a los delitos que allí se mencionan las consideraciones formuladas respecto de otros delitos en los párrafos anteriores.

En principio parecería que esta propuesta la que se impuso, pues el juez Álvarez consideró que podría encontrarse suspendido el curso de la prescripción en los términos del artículo 67 del Código Penal, apartándose en consecuencia del criterio propuesto por su colega del primer voto, y la jueza Calitri se pronunció, como el juez del primer voto, por la imprescriptibilidad, aunque indicó que tratándose de hechos de corrupción esa solución se impone por constituir una grave violación de derechos humanos, citando el artículo 36 de la Constitución Nacional y por constituir además delitos contra la humanidad, conforme lo establecido en el Estatuto de Roma.

La propuesta que parecería haberse impuesto por mayoría —obviando toda referencia a la falta de mayoría de fundamentos que descalificaría al pronunciamiento como acto jurisdiccional válido— no aparece, a mi entender, como una alternativa interpretativa de la ley vigente y aplicable al caso, en la medida que prescinde por completo de ella, sustituyéndola por un criterio diverso fundado en una exégesis forzada del texto constitucional (pueden verse las objeciones de Arballo, 2016) y que responde en definitiva a una pura decisión política. Es gráfica, en este sentido, la frase final del voto del juez Schiffrin: “proclamar el principio de la imprescriptibilidad de los delitos de corrupción significa lanzar a la sociedad un desafío moral, algo que sirva para sacudir la inercia que la carcome”, pasaje que destaca también, aunque en sentido inverso Gil Domínguez (2016), halagando la decisión adoptada.

Advertimos más arriba sobre el innegable contenido político de toda decisión judicial, incluso de aquellas que se basan en una propuesta interpretativa —más o menos razonable— de la ley que se considera aplicable a ciertos casos.

Sin embargo, la decisión judicial que prescinde de la ley para formular su propuesta política es difícil de encajar en el esquema institucional diseñado por la constitución. En ella se potencian, además, las objeciones de legitimación democrática que cabe formular a las decisiones políticas de los jueces, en particular en materia penal, donde se administra la coerción estatal más violenta (Gargarella, 2016: 81).

VII. Consideraciones finales

Las consideraciones expuestas ponen en evidencia la intrínseca relación que existe entre la opción por alguna de las alternativas planteadas por la dogmática en torno a la estructura típica de la figura del enriquecimiento ilícito, el régimen de extinción de la acción penal por prescripción y las concretas posibilidades de persecución y eventual castigo de determinadas conductas delictivas, así como la imposibilidad de abstraer las conclusiones a las que se pudiera llegar en cada uno de esos campos del contexto general de decisión política en el que se desarrollan y al que, en definitiva, aportarán sustento argumental.

En esa clave es que se propuso la opción por la estructura compleja como la alternativa preferible, asumiendo que no se trataba de la única alternativa correcta, sino de la políticamente más conveniente entre las jurídicamente admisibles.

Entendemos, además, haber aportado ejemplos concretos, tomados de casos jurisprudenciales recientes y relevantes, en los que aquella vinculación de la decisión jurídica y judicial con el sentido político de la cuestión se mantiene implícita pero no deja, por ello, de ser evidente.

Es preciso advertir que la propuesta de hacer explícitas las variables políticas en las decisiones judiciales, en la que desembocan las reflexiones hasta aquí desarrolladas, no importa, en modo alguno, prescindir de las reglas legales expresas y más o menos precisas del ordenamiento jurídico, sino analizarlas, organizarlas sistemáticamente y —en el caso de los jueces— aplicarlas conforme a ciertos principios políticos, entre los que es preciso incluir a aquellos que estructuran nuestro sistema constitucional y a los que orientan los compromisos asumidos por el estado argentino en el plano regional e internacional.

Creemos, por lo tanto, que la consideración de la variable valorativa o política en los fundamentos y en la definición de las propuestas dogmáticas clarifica y enriquece el debate teórico, definiendo claramente qué argumentos las sustentan.

Pero además, y ello es de vital importancia, torna expreso, perceptible y, en su caso, cuestionable, el sentido valorativo último de la decisión jurisdiccional que recurre a alguna de esas propuestas teóricas para determinar la suerte de un caso concreto, abriendo el debate y exponiendo a la comunidad en general —particularmente interesada en los casos de corrupción que involucran a funcionarios públicos— los motivos de una decisión de la que los jueces deben hacerse responsables en términos políticos.

VIII. Bibliografía

ARBALLO, Gustavo (2016). *Imprescriptibilidad y corrupción*. Disponible en: <http://www.saberderecho.com/2016/10/imprescriptibilidad-y-corrupcion.html> [Fecha de consulta: 02/02/2017]

BINDER, Alberto (1997). *Política Criminal. De la formulación a la praxis*. Buenos Aires: Astrea.

BUOMPADRE, Jorge E. (2011). “Artículos 268 (1) / 268 (3)”, en: David Baigún y Eugenio R. Zaffaroni (dirs.), *Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*. Buenos Aires: Hammurabi, T. X.

CABALLERO, José Severo (1997). “El enriquecimiento ilícito de los funcionarios y empleados públicos (después de la reforma constitucional de 1994)”, en: *Revista Jurídica La Ley*. Buenos Aires: La Ley, pp. 793-800.

CREUS, Carlos (1981). *Delitos contra la Administración Pública*. Buenos Aires: Astrea.

— (1991). *Derecho Penal. Parte especial*. Buenos Aires: Astrea, T. II.

CHIAPPINI, Julio O. (1986). “El delito de no justificación de enriquecimiento (art. 268 [2] del Código Penal)”, en: *Revista Jurídica La Ley*. Buenos Aires: La Ley, C-851.

DE LUCA, Javier y LÓPEZ CASARIEGO, Julio (2000). “Enriquecimiento ilícito y Constitución Nacional”, en: *Revista Jurídica La Ley*. Buenos Aires: La Ley, A-249.

DONNA, Edgardo (2008). *Delitos contra la Administración Pública*. 2ª ed. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni.

DWOEKIN, Ronald (2012). *Una cuestión de principios*. Buenos Aires: Siglo XXI. Traducción de Victoria de los Ángeles Boschiroli.

FONTÁN BALESTRA, Carlos (1990). *Tratado de Derecho Penal*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, T. VII.

GARGARELLA, Roberto (2016). *Castigar al prójimo. Por una refundación democrática del derecho penal*. Buenos Aires: Siglo XXI.

GIL DOMÍNGUEZ, Andrés (2015). “Imprescriptibilidad de los delitos de corrupción. Una obligación constitucional y convencional”, en: *Suplemento Revista La Ley*. Buenos Aires: La Ley, 2016-A-574. AR/DOC/4338/2015.

— (2016). “Imprescriptibilidad de los delitos de corrupción: un fallo trascendente”, en: *Suplemento Revista La Ley*. Buenos Aires: La Ley, 2016-F-157. AR/DOC/3359/2016.

LAJE ANAYA, Justo (1981). *Comentarios al Código Penal*. Parte Especial. Buenos Aires: Depalma, V. III.

MAGARIÑOS, Mario (2004). “El delito de enriquecimiento ilícito: la posibilidad de una interpretación orientada desde principios constitucionales”, en: *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*. Buenos Aires: Lexis Nexis, p. 716.

NÚÑEZ, Ricardo C. (1985). *Manual de Derecho Penal. Parte especial*. Córdoba: Lerner.

— (1992). *Tratado de Derecho Penal*. Córdoba: Lerner, T. V. V. II.

SANCINETTI, Marcelo (1994). *El delito de enriquecimiento ilícito de funcionario público —art. 262, 2 del Código Penal—*. Buenos Aires: Ad-Hoc.

SOLER, Sebastián (1988). *Derecho Penal Argentino*. 4ª ed. parte especial. Buenos Aires: TEA, T. V.

ZAFFARONI, Eugenio R.; ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro (2000). *Derecho Penal. Parte General*. Buenos Aires: Ediar.

Jurisprudencia

Fallos 331:2799.

“Alsogaray, María Julia s/ recurso de casación e inconstitucionalidad” A 1846; L. XLI, sentencia del 22/12/2008.

Causa N° 28/05 A. 2186. XLI, sentencia del 24/3/2008. “Acosta Alejandro Esteban s/Infracción Art. 14, 1° párrafo ley 23.737”.

“Bussi, Antonio Domingo s/enriquecimiento ilícito” B. 504. XXXVI, sentencia del 18/12/2003.

Cámara Federal de Apelaciones de La Plata, Sala II.

“M.D.M. y otros s/ 296 en función del 292, 172, 54 y 55 CP”, sentencia del 6/10/2016.

Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires. P. 72.733 “Carnevale” sent. del 15/3/2000; P. 90.595, sent. del 7/5/2004; P. 91.426 sent. del 26/8/2009, P. 93.737 sent. del 5/5/2010; P. 91.943, sent. del 19/5/2010, P. 89.715 sent. del 26/10/2011; P. 95.715, sent. del 16/5/2012; P 101.271 sent. del 4/3/2015.

Legislación

Ley 24.759, Boletín Oficial de la República Argentina, Buenos Aires, 17/01/1997.

Ley 25.188, Boletín Oficial de la República Argentina, Buenos Aires, 26/10/1999.

Ley 26.097, Boletín Oficial de la República Argentina, Buenos Aires, 09/06/2006.

Fecha de recepción: 02-03-2017 Fecha de aceptación: 31-05-2017