

La suspensión de la prescripción en los delitos de corrupción

Juan Manuel Sansone¹

Resumen: *Cualquier esfuerzo hermenéutico que habilite incluir a los particulares –no funcionarios públicos- en la suspensión de la prescripción del art. 67 2º párrafo del Código Penal, constituye lisa y llanamente una prohibida interpretación extensiva in malam partem de la punibilidad porque violenta el principio constitucional fundamental y de los derechos humanos de la máxima taxatividad penal derivado del mandato constitucional de legalidad (art. 18 de la CN, 9 de la CADH, XXV de la DADDH, 11 de la DUDH Y 9 del PIDDP).*

Palabras clave: Suspensión de la prescripción - Particulares no funcionarios públicos - Delitos de cohecho y tráfico de influencias - Participación Criminal - Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

El segundo párrafo del art. 67 del Código Penal de la Nación establece que “*La prescripción también se suspende en los casos de delitos cometidos en el ejercicio de la función pública, para todos lo que hubiesen participado mientras cualquiera de ellos se encuentre desempeñando un cargo público*”. Y el último de esa norma que “*La prescripción corre, se suspende o se interrumpe separadamente para cada delito y para cada uno de sus partícipes, con la excepción prevista en el segundo párrafo de este artículo*”.

Intentaremos argumentar a favor de la siguiente conclusión: “*Cualquier esfuerzo hermenéutico que habilite incluir a los particulares –no funcionarios públicos- en la excepción citada constituye lisa y llanamente una prohibida interpretación extensiva in malam partem de la punibilidad porque violenta el principio constitucional fundamental y de los derechos humanos de la máxima taxatividad penal derivado del mandato constitucional de legalidad (art. 18 de la CN, 9 de la CADH, XXV de la DADDH, 11 de la DUDH Y 9 del PIDDP)*”.

Partimos de la base de lo decidido por la Corte Federal en el precedente “Acosta” (Fallos CSJN 331:858) con relación a que sentó las bases –junto a las reglas generales sobre la interpretación de la ley- que deben regir la hermenéutica de las normas penales. Afirmaron que “*... el principio de legalidad (art. 18 de la CN) exige priorizar una exégesis restrictiva dentro del límite semántico del texto legal, en consonancia con el principio político criminal que caracteriza al Derecho Penal como la última ratio del ordenamiento jurídico, y con el principio pro homine que impone privilegiar la interpretación legal que más derechos acuerde al ser humano frente al poder estatal*”.

De modo que, si nos ceñimos a todos estos criterios de interpretación postulados por la Corte Suprema con relación a la

¹ Abogado especialista en Derecho Penal (UBA), ex fiscal nacional Criminal de Instrucción, juanmanuelsansone@gmail.com

norma en cuestión, podemos afirmar que la suspensión de la prescripción opera exclusivamente para todos los funcionarios públicos que hayan participado –primaria o secundariamente- en delitos cometidos en el ejercicio de la función pública mientras cualquiera de ellos se encuentre desempeñando un cargo público. Es decir, incluye a los funcionarios partícipes en esos casos aun cuando ya no estén en el ejercicio del cargo. Esto también se armoniza con el último párrafo del art. 67 del CP en cuanto a que como la regla general es que *“la prescripción corre, se suspende o se interrumpe separadamente para cada delito y para cada uno de los partícipes”* era razonable que los legisladores exceptuaran de esta disposición a los funcionarios públicos que aun fuera de la función pública hubiesen participado en delitos cometidos en el ejercicio de la función pública. A la vez que también se concilia esta interpretación con el aspecto teleológico de la excepción. Por un lado, evitar la obstaculización de la investigación atendiendo a la influencia que podría tener el funcionario implicado sobre su situación procesal o la de los funcionarios partícipes que ya no ejerzan el cargo público. Y por otro reforzar la distinción que el legislador materializó entre los funcionarios públicos y los particulares –no funcionarios públicos- en los delitos del capítulo VI del título XI del Código Penal. Nos referimos al dispar tratamiento que el parlamento hizo al enfocar la problemática de la venalidad y la corrupción de los funcionarios públicos que ocupan cargos en la administración pública. Que se refleja en la mayor severidad de las penas para los funcionarios públicos que luego se trasladará en el tratamiento de la prescripción.

En apoyo esta línea de razonamiento importa traer a colación lo explicado por el profesor Alberto Binder, en cuanto a que

“la prescripción es una garantía del imputado, no es un problema de la acción, sino del régimen de las garantías”². Así como resaltar que la Corte Federal, recientemente, consolidó esa idea en el precedente “Farina”³ al vincularla estrechamente con la garantía del imputado a ser juzgado en un plazo razonable, de la defensa en juicio y al respeto debido a la dignidad del hombre (arts. 18 y 75 inc. 22 de la CN – y art. 3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos). Todo lo cual justifica invalidar cualquier intento hermenéutico que limite y afecte este núcleo básico de garantías fundamentales en perjuicio del imputado. Y como dijo la Corte en “Acosta”: ***“privilegiar la interpretación legal que más derechos acuerde al ser humano frente al poder estatal”*** (el resaltado nos pertenece).

Independientemente de estos argumentos no podemos soslayar que un sector de la jurisprudencia de la justicia federal⁴ ha extendido esta excepción a los

² BINDER, Alberto M. *Introducción al derecho procesal penal*, 2º ed. Act. Ad-hoc, Bs.As, 2016 pág 224. El resaltado nos pertenece.

³ Fallos de la CSJN 2148/2015/RH1 “Farina Haydee S s. homicidio culposo. Sostuvo la Corte que *“es preciso recordar que el instituto de la prescripción de la acción penal tiene una estrecha vinculación con el derecho del imputado a obtener un pronunciamiento que, definiendo su posición frente a la ley y a la sociedad, ponga término del modo más breve, a la situación de incertidumbre y de restricción de libertad que comporta el enjuiciamiento penal, y que esto obedece además al imperativo de satisfacer un exigencia consustancial que es el respeto debido a la dignidad del hombre, el cual es el reconocimiento del derecho que tiene toda persona de liberarse del estado de sospecha que importa la acusación de haber cometido un delito (Fallos: 272:188; 306:1688; 310:1476; 316:2063; 323:982; 331:600)”*.

⁴ CASTRO DIAZ, Ezequiel *¿Es constitucional la excepción establecida en el 2º párrafo del art. 67 del Código Penal de la Nación, en cuanto suspende la prescripción de los particulares en casos de delitos cometidos en ejercicio de la*

particulares con diversas interpretaciones que no se compadecen con la perspectiva hermenéutica impulsada por la Corte Federal.

Intentan justificar esta inclusión injustificada en que los hechos de corrupción constituyen una unidad fáctica. Confunden los presupuestos elementales de la teoría de la participación incluyendo a los particulares como partícipes de esa falsa unidad. Pretenden hacer prevalecer los compromisos generales de política criminal asumidos por nuestro país en una convención anticorrupción por sobre todo el bloque constitucional e internacional de derechos humanos y garantías fundamentales. Cuando en realidad al enfocar la interpretación desde el mundo fáctico niegan algo fundamental que invalida esa posición: que la extinción de la acción penal por prescripción es una garantía fundamental constitucional personal⁵. Que

función pública? En revista Pensamiento Penal del 22 de mayo de 2021 publicado en pensamientopenal.com.ar/index.php/89148. En este artículo el autor además de fundar con razonables argumentos su posición acerca de la inconstitucionalidad de la extensión de la suspensión de la prescripción de los funcionarios públicos a los particulares por violación a los principios de igualdad ante la ley (art. 16 de la CN) y el de proporcionalidad (art.28 y 33), en su apartado III ptos. 1,2 y 3 formula una síntesis de la jurisprudencia de la justicia federal producida en torno a esta temática.

⁵ Nótese que a lo largo de todo el art. 67 el legislador (incluidas todas las reformas que se hicieron a esta norma –ley 25.188 del año 1999, ley 25.990 del año 2005 y ley 27.206 del año 2015) siempre utiliza el vocablo “delito” que debe interpretarse como una conducta humana típica, antijurídica y culpable merecedora de pena en contraste al régimen de la autoría y participación del título VII donde utiliza la palabra “hecho” y sólo delito cuando se refiere a la pena aplicable.

opera como límite al poder penal del Estado de perseguir a un individuo en concreto independientemente de contexto fáctico que rodea a la imputación y de que en el mismo hayan intervenido otras personas. Además, tampoco se justifica esa extensión al vincular ese pragma a que los delitos de corrupción revisten la característica de “codelincuencia necesaria” cuando la doctrina mayoritaria tiene dicho que esos tipos penales (cohecho y tráfico de influencias activos y pasivos art. 256 y ss. del CP) “*son tipos diferenciados y no como una forma de complicidad o participación ... el tipo penal del art. 258 se configura aún sin el extremo de los arts. 256 y siguientes lo que muestra de modo claro su autonomía*”⁶.

Tampoco se justifica extender la excepción a los particulares partícipes no funcionarios y menos a los particulares que son autores o partícipes de una figura activa (art. 258 del CP) en la pasiva (256 y 256 bis del CP). Ya que partiendo de los lineamientos básicos de la teoría de la participación⁷, el partícipe interviene en un

⁶ DONNA Edgardo A *DERECHO PENAL Parte Especial* tomo III, pàg. 270, Ed. Rubinzal Culzoni, 2da. ed, 2008 Santa Fé. El resaltado nos pertenece.

⁷ Según Rusconi la participación se basa “*en un concepto de referencia...es accesoria.. la exigencia conceptual de una participación accesoria surge de entender el rol de los partícipes como colaboradores de un hecho ajeno...*” “*Según la antigua teoría de la culpabilidad, el fundamento del castigo de la participación reside en el hecho de que el partícipe ha colaborado en la conformación de la culpabilidad del autor, ha participado en su corrupción ... Según la teoría del favorecimiento o de la causación, al partícipe se lo castiga da lugar a un hecho antijurídico alcanzado por su voluntad. Desde el punto de vista subjetivo, en el partícipe se verifica una voluntad de participar en el hecho antijurídico principal y cooperar en la lesión de la norma*”(RUSCONI, Maximiliano *Derecho Penal. Parte General* pág. 437 1° ed Ad Hoc, 2017 Buenos Aires). Por su parte Bacigalupo sostiene que “*no es posible la participación si no se la conecta a un hecho punible cuyo autor es otro, distinto del partícipe. La*

hecho ajeno que no domina, de allí que su

extensión de cualquiera de los tipos de la parte especial a otras conductas que no son su comisión misma sólo es posible mediante el dispositivo técnico que proporcionan las reglas referidas a la participación en sentido estricto (inducción y complicidad). La accesoriadad de la participación presupone tomar parte en un hecho ajeno. Por ello tiene carácter accesorio. Accesoriadad de la participación quiere decir entonces dependencia del hecho de los partícipes respecto del hecho del autor o los autores” (BACIGALUPO Enrique Derecho Penal Parte General pág. 517 y ss. 3era reimpresión, Ed. Hammurabi, 2012 Buenos Aires). Y Zaffaroni que “Es bastante común que en un delito doloso concurren varias personas. Lo primero que debemos distinguir es quien o quienes son los autores y quienes no lo son. Los que no son autores pero se comportan típicamente por efecto del amplificador personal son los partícipes, que pueden ser cómplices instigadores. La regla general es que el autor es el que domina el hecho. Este es un criterio diferencial general que proviene de la realidad (es la base óptica de la autoría): autor de un libro es quien lo escribe, aunque otros colaboren con él y otro le haya pagado por escribirlo... autor es quien puede seguir adelante o detener ese plan, es el señor (dominus) del plan concreto del hecho... Deslindada la autoría todas las demás concurrencias típicas en el delito en función de la ampliación personal establecida en la parte general, son casos de participación. La participación es el aporte doloso a un injusto doloso ajeno, bajo la forma de instigación o de complicidad. Por tratarse de una ampliación, tiene naturaleza accesoria, o sea que siempre depende de algo principal, que es el injusto del autor (no el delito del auto, porque la culpabilidad es reproche personalizado... “coopera en el hecho haciendo una contribución necesaria para la concreción del plan tampoco puede ser autor si no realiza personalmente la conducta... si no presenta las características típicas del autor... y tampoco si el aporte lo realiza en un acto preparatorio... Aquí la ley limita el principio del dominio del hecho y los deja fuera de la autoría, considerándolos cómplices, o sea, abarcados por la ampliación personal de la tipicidad. Se trata de los cómplices necesarios, que tienen la misma pena de los autores... La complicidad secundaria es un aporte o cooperación dolosa al hecho del autor” (En ZAFFARONI Eugenio R. Estructura básica del derecho penal pág. 134 y ss. 1ra ed. 2da reimpresión Ed Ediar).

rol se limita a colaborar en un hecho de otro. Cuando en los casos del art. 258 del CP el autor directo lo es respecto de su delito que se consuma “*con la sola propuesta venal ... en esto se demuestra la autonomía del tipo penal del cohecho activo, de modo que es independiente de la aceptación de la propuesta por parte del funcionario público*”⁸.

Por último; con relación a que los compromisos asumidos por el Estado en la Convención Interamericana contra la corrupción podrían justificar la inclusión de los particulares –no funcionarios públicos– en la excepción, no se puede desconocer que esa convención reviste una jerarquía inferior a la Constitución Nacional y demás tratados de derechos humanos. Y que esos compromisos genéricos acordados de política criminal que incluye a los particulares – prevenir, detectar, sancionar y erradicar la corrupción - de ningún modo se pueden interpretar como límites al respeto debido a las garantías fundamentales. Y menos pensar que pueden ser el sustento tendiente a privilegiar una interpretación restrictiva de los derechos fundamentales acordados al ser humano frente al poder penal del Estado.

La contradicción entre unos y otras es aparente. Importa tanto en un Estado Constitucional de Derecho respetar las garantías fundamentales establecidas en su estatuto constitucional y sus tratados de derechos humanos en el plano internacional como adoptar las políticas acordadas tendientes a combatir la corrupción. Lo que no se puede aceptar es que se invoque esta última de modo inespecífico para violentar un núcleo de derechos y garantías que sostienen todo el andamiaje jurídico-político de una nación. Pues ello podría redundar en

⁸ DONNA Edgardo A ob. cit. pág. 273.

un déficit insalvable de legitimidad que también podría deslegitimar uno de los fundamentos que dan pie al ejercicio racional –no arbitrario– del poder penal del Estado.

Bibliografía

– BINDER, Alberto M. Introducción al Derecho procesal penal, 2º ed. Act. Ad-hoc, 2016, Buenos Aires

– BACIGALUPO Enrique Derecho Penal Parte General pag 517 y ss 3era reimpresión, Ed. Hammurabi, 2012 Buenos Aires

– CASTRO DIAZ, Ezequiel ¿Es constitucional la excepción establecida en el 2º párrafo del art. 67 del Código Penal de la Nación, en cuanto suspende la prescripción de los particulares en casos de delitos cometidos en ejercicio de la función pública? En revista Pensamiento Penal del 22 de mayo de 2021 publicado en pensamientopenal.com.ar/index.php/89148

– DONNA Edgardo A Derecho penal Parte Especial tomo III, pág. 270, Ed. Rubinzal Culzoni, 2da. ed, 2008 Santa Fé

– FALLOS de la CSJN en: <https://sj.csjn.gov.ar/homeSJ>

– RUSCONI, Maximiliano Derecho Penal. Parte General pág. 437 1º ed Ad Hoc, 2017 Buenos Aires

– ZAFFARONI Eugenio R. Estructura básica del derecho penal pág 134 y ss 1ra ed. 2da reimpresión Ed Ediar, Buenos Aires