

¿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? ¹

EZEQUIEL CASTRO DÍAZ²

Sumario: **I.** Introducción **II.** Normativa aplicable a la suspensión de la prescripción de los delitos cometidos en ejercicio de la función pública. 1. Leyes históricas: 16.648, 21.338, 23.077 y 25.188. 2. Ley actual: Ley 25.990. 3. Métodos de interpretación de las normas: *i.* Interpretación gramatical. *ii.* Interpretación lógica. *iii.* Interpretación sistemática. *iv.* Interpretación histórica. *v.* Interpretación teleológica. - **III.** Aplicación de la norma en los casos concretos: 1. Jurisprudencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal. 2. Alcances de los fallos con relación a los privados. 3. Algunos fallos de la Cámara Federal de Casación Penal - **IV.** Análisis constitucional de la extensión a los particulares: 1. Principios constitucionales: *a.* Proporcionalidad. *b.* Igualdad ante la ley. 2. Puntos de conexión entre los dos principios - **V.** Conclusión.

I. INTRODUCCIÓN

La regla general establecida en el último párrafo del artículo 67 del Código Penal de la Nación establece que los plazos de prescripción son individuales y personales. No obstante, existe una excepción que consiste en que el curso de la acción se suspende para todos los imputados cuando se trate de delitos cometidos en el ejercicio de la función pública.

Su razón de ser pareciera recaer pura y exclusivamente en el rol que detenta el funcionario público, de manera tal que el privado se vería afectado directamente por haber intervenido en el ámbito de su competencia, sufriendo exactamente las mismas consecuencias, y pese a no reunir esa cualidad especial.

Si ese punto de partida fuera correcto, de inmediato surgirían algunos interrogantes: ¿qué justifica la suspensión del plazo para los particulares?, ¿se equiparan las intervenciones cuando el mandato social

¹ Trabajo elaborado sobre la base de la tesis que, bajo el mismo título, fue presentada en el marco de la Maestría en Derecho Penal de la Universidad Torcuato Di Tella, bajo la tutoría de la Dra. Jélica Sircovich; la cual fue examinada y aprobada por el tribunal integrado por los Dres. Hernán Gullco, Ezequiel Spector y Alberto Lugones.

² Abogado (UBA), Magíster en Derecho Penal (Universidad Torcuato Di Tella). Ex Secretario Federal en el Ministerio Público Fiscal de la Nación. Prosecretario Letrado en el Consejo de la Magistratura de la Nación. Docente de Derecho Constitucional (UBA). Mail: e.castrodiaz@gmail.com

surge sólo de una vertiente?, ¿es la misma necesidad la que alcanza tanto a los funcionarios como a los no funcionarios, teniendo en cuenta que el deber para con la comunidad surge de una sola parte?

Si así fuera, podría verse *prima facie* vulnerado el principio de igualdad ante la ley (artículo 16 de la Constitución Nacional); aunque también podría verse contraído el principio de proporcionalidad (artículos 28 y 33 del mismo ordenamiento jurídico).

Para realizar un análisis completo e íntegro de esta temática, resulta fundamental determinar si hubo progresos y/o variaciones reales y concretas de las leyes que regularon la excepción; sucesos que se analizarán en los capítulos II.1 y II.2.

Por su parte, en el apartado II.3. analizaré la norma del art. 67 del CP mediante la utilización de distintos métodos de interpretación de la ley, con el objeto de corroborar si todas ellas llegan a la misma conclusión, en relación a que la suspensión de la prescripción se aplica también a los particulares -en delitos cometidos por funcionarios públicos en ejercicio de la función pública-.

Luego me abocaré a tratar cuáles fueron los impactos que tuvo esta excepción en los casos concretos (capítulo III), focalizándome en el rol de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal y en la Cámara Federal de Casación Penal, por ser los cuerpos más cercanos a los funcionarios públicos nacionales.

Todo esto, con el fin de determinar si existió y/o existe un paralelismo dentro del sistema público, a través de dos poderes constitucionales distintos. Justamente esas simetrías y/o diferencias son las que luego me van a permitir comprobar sus alcances y sus consecuencias jurídicas, de forma tal de verificar si en verdad se infringen derechos y/o garantías establecidas en nuestra CN.

En el siguiente apartado (IV), analizaré constitucionalmente la norma, en tanto aplica la suspensión también a los particulares. Mi intuición

es que a estos dos agentes se los estaría tratando del mismo modo, estableciéndose una clara identidad restrictiva, pese a poseer características naturales diferentes.

El proceso penal ya afecta, de por sí, derechos del imputado por su mero inicio, en tenor de que debe soportar la investigación y cumplir con ciertas obligaciones que, incluso, pueden desencadenar en amenazas jurídicas y/o coactivas. Como expuse, el punto central de este estudio consiste en determinar si la excepción que establece el artículo 67 del Código Penal de la Nación, con relación a los privados, es constitucional -en miras de los principios de igualdad ante la ley y proporcionalidad-.

No se debe soslayar, además, que la normativa actual sólo se refiere a delitos cometidos en ejercicio de la función pública sin hacer distinciones con relación a las variantes que puede haber en un caso concreto. Mucho menos respecto de los distintos contextos públicos en los cuales puede intervenir un privado.

II. NORMATIVA APLICABLE A LA SUSPENSIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN DE LOS DELITOS COMETIDOS EN EJERCICIO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA

1. Leyes históricas

En nuestro país, la primera norma que introdujo la suspensión de la prescripción fue la Ley 16.648 -sancionada el 20 de octubre y promulgada el 13 de noviembre de 1964-. A través de su artículo 11 se agregó al artículo 67 del Código Penal de la Nación, segundo párrafo, lo siguiente: *“La prescripción también se suspende en los casos de delitos previstos en los capítulos 6, 7, 8, 9 y 10, del Título XI, Libro II del Código Penal mientras cualquiera de los que hayan participado se encuentren desempeñando un cargo público”*.

La norma estuvo vigente hasta 1976, año en el cual se sancionó la Ley 21.338 -promulgada el 1 de julio-, mediante la cual se sustituyó el

segundo párrafo del art. 67 del CPN y se estableció que *“...la prescripción también se suspende en los casos de delitos previstos en los caps. 6, 7, 8, 9, 9 bis y 10 del título xi, libro 2 de este código, mientras cualquiera de los que hayan participado se encuentre desempeñando un cargo público”*.

Hasta aquí, al menos en términos teóricos, las normas mantuvieron los mismos estándares. La única diferencia era que la segunda agregaba un tipo penal más en cuanto a la suspensión.

Por su parte, en 1984, y durante un gobierno democrático, se sancionó la Ley 23.077 -promulgada el 22 de agosto-. Si bien allí no se hizo ninguna reforma con relación a la suspensión del curso respecto de funcionarios públicos y/o particulares, se agregó un tercer párrafo al artículo 67, estableciéndose lo siguiente: *“El curso de la prescripción de la acción penal correspondiente a los delitos previstos en los artículos 226 y 227 bis se suspenderá hasta el restablecimiento del orden constitucional”*.

En 1999 se sancionó la Ley 25.188. En su artículo 29 se sustituyó, una vez más, el art. 67, indicando, a partir de ese entonces que *“La prescripción también se suspende en los casos de delitos cometidos en el ejercicio de la función pública, para todos los que hubiesen participado, mientras cualquiera de ellos se encuentre desempeñando un cargo público...”*, y que *“La prescripción corre, se suspende o se interrumpe separadamente para cada uno de los partícipes del delito, con la excepción prevista en el segundo párrafo de ese artículo”*.

Esta normativa fue la primera que introdujo novedades reales en lo que se refiere al instituto jurídico. Ello, por cuanto a la suspensión de la prescripción respecto de los funcionarios públicos se agregó que la prescripción también se suspende para todos los imputados, y que los cursos corren separadamente -aunque respetando ese límite-.

Es decir que si bien la norma refiere que los plazos transcurren de manera independiente, la única limitación, en materia de suspensión extensiva, se da en el caso en que se trate de un delito cometido en ejercicio

de la función pública y se encuentre implicado, justamente, un representante estatal.

Antes de la implementación de esta reforma (Ley 25.188) “(...) la referida causal sólo suspendía el curso de la prescripción en relación al funcionario público de que se trate, y en tanto éste continuara en el ejercicio de su cargo (...)”³.

2. Ley 25.990.

A fines de 2004 se sancionó la Ley 25.990 -promulgada el 10 de enero de 2005-, la cual modificó el último párrafo del art. 67 del Código Penal de la Nación, quedando redactados de la siguiente forma:

“La prescripción también se suspende en los casos de delitos cometidos en el ejercicio de la función pública, para todos los que hubiesen participado, mientras cualquiera de ellos se encuentre desempeñando un cargo público...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”.

Ahora bien, como indiqué, y luego de la sanción de las Leyes 25.188 y 25.990, en la práctica se comenzó a extender la excepción de los funcionarios públicos a los particulares. Sin perjuicio de ello, considero que resulta esencial determinar si en verdad esta generalización se encuentra justificada jurídicamente, pese a detentar una cualidad natural totalmente disímil.

Más aún si tengo en cuenta que en casi ningún caso se hizo alguna alusión concreta y explícita con relación a esta clase de imputados, y que a estos se les criticaría, justamente, una intervención especial por estar directamente relacionada a hechos vinculados a la representación estatal.

De esa forma, si bien transcurrieron cuarenta años desde que se estableció el instituto de la suspensión para actividades cometidas en

³ CNCP, Sala III, causa 6729, “Guinsburg León s/ rec. de casación, reg 1452.06.3, 28/11/06.

ejercicio de la función pública, entiendo que resulta determinante recurrir a los distintos métodos y/o tipos de interpretación de las normas, para corroborar si estos “nuevos” parámetros poseen o no sustento legal.

3. Métodos de interpretación de las normas

Para interpretar una norma -en este caso, el párrafo 2º del art. 67 del CPN- es necesario fijar su alcance y delimitar cuál es su concepto. Así, interpretar un precepto jurídico tiene por objeto averiguar su sentido, encontrando la norma “verdadera” o, en su defecto, la “mejor”, en casos en que existan o puedan existir varias interpretaciones.

No podemos obviar aquí que algunos métodos nos brindan pautas más neutrales y objetivas que, como dice Néstor Sagués, resultan “(...) *aisladas de requerimientos sectoriales e incluso apartadas de casos o situaciones concretas... tiende aquí a ser abstracto. “puro”, descontaminado (...)*”⁴.

Otras, sin embargo, se realizan en simetría con pautas más dinámicas y subjetivas, aunque ello no implica que sean arbitrarias o que vayan a dejar de lado un marco jurídico razonable. Entre ellas podrían encontrarse, a modo de ejemplo, aquellas más permeables a las mutaciones o variaciones que sufran las creencias sociales o, incluso, las interpretaciones propias y consecuentes de los legisladores en su implementación.

En función de ello se deberá analizar la inferencia de las consecuencias razonables de la ley interpretada. Sobre todo si existen indeterminaciones semánticas, sintácticas o lógicas, partiendo de los criterios valorativos, y realizándose un juicio de subsunción de los casos individuales a las normas correspondientes.

Para llegar a ello, “(...) *es necesario descomponer la interpretación en sus elementos, que son: el gramatical, que tiene por objeto las palabras de que el legislador se sirve para expresar su pensamiento y también la redacción*

⁴ Sagues Néstor, *La interpretación constitucional, instrumento y límite del juez constitucional*, Anuario de Derecho Constitucional Latimonamericano, Fundación Konrad Adenauer, Caracas, 1996, p. 35

de la ley; el lógico, o sea las relaciones lógicas que reúnen las diversas partes; el histórico, que tiene en cuenta el estado del derecho existente en la época de la promulgación de la ley; y el sistemático, que tiene por objeto los íntimos ligámenes que reúnen los institutos jurídicos y las reglas de derecho en una gran unidad (...) Será necesario averiguar si el legislador ha tenido o no la intención de cambiar el estado del derecho. Y se aclarará su pensamiento determinando las circunstancias que han podido provocarlo, así como el objeto perseguido por los autores de la ley nueva...”⁵.

Una vez aclarado el marco, es menester destacar que en los métodos interpretativos de la norma predomina una tesis de superioridad que resalta la exégesis gramatical. Esto implica, justamente, que el punto de partida es y debe ser este tipo en particular, por encontrarse en línea con los significados propios de la palabra y por ser el medio de expresión por excelencia.

Desde esa óptica, y para interpretar correctamente la ley, “...el examen o interpretación gramatical debe preceder a los demás medios interpretativos. Ese examen es el primero, no solamente porque la palabra es el medio necesario de expresión de la ley, sino porque el primer deber del intérprete es el de dar valor a las palabras de la ley, ya que la ley es “manifestación de voluntad no solamente en el sentido de que lo manifestado es un querer, sino que lo expresado mismo es lo querido. Es precisamente el resultado infructuoso del empeño por entender la ley tal como es, lo que vendrá a autorizar la aplicación de otros medios interpretativos...”⁶.

Siguiendo estos parámetros, a continuación me abocaré a tratar las distintas técnicas de interpretación; siempre analizando sus características para determinar a qué conclusión nos permiten arribar respecto de la norma prevista en el art 67, segundo párrafo, del CPN.

⁵ CSJN, “Moschini José C/ Fisco Nacional”, Fallos 317:779, 28/7/1994.

⁶ Soler Sebastián, Derecho Penal Argentino, Tipográfica Editora Argentina, 10ª reimpression, Bs. As, 1992, p. 178/179.

El trabajo no es fácil. Como dice el Dr. Roberto Gargarella “...la tarea de interpretación resulta, por un lado, extraordinariamente compleja (justamente, debido a las diversas -y en ocasiones opuestas- teorías interpretativas existentes), y por otro, es generadora de graves riesgos institucionales (fundamentalmente, riesgos de abuso y discrecionalidad judicial)”⁷.

Quizás la extensión de la excepción establecida para los funcionarios respecto de los particulares sí pueda crear un riesgo institucional. De allí la existencia de este estudio tendiente a determinar si estos preceptos contrarían, o no, la Constitución Nacional.

Ahora sí, partiendo de lo ya invocado, comenzamos por el método gramatical.

I. Interpretación gramatical

Como su nombre lo indica, esta técnica se centra en la interpretación literal de las palabras. Este aspecto evidencia que trata de ser objetiva en cuanto al estándar generalizado que se le pretende dar a través del Poder Legislativo, aunque siempre partiendo de la base del punto de vista del legislador.

Este método permite, fundamentalmente, resaltar el rol otorgado por la CN a ese poder para que, en representación de la sociedad y de las provincias, sancione las leyes. De esa forma, resulta esencial subrayar las palabras y las expresiones utilizadas.

Como indiqué en el acápite anterior, toda tarea interpretativa comienza por el método gramatical, el cual “...obliga al juez a atenerse a las palabras del texto escrito, en la comprensión de que ninguna disposición de la Constitución ha de ser considerada superflua, sin sentido o inoperante. El juez

⁷ Gargarella Roberto, *De la alquimia interpretativa al maltrato constitucional. La interpretación del derecho en manos de la Corte Suprema argentina*; IIJ UNAM, Jur. Argentina; Fascículo II, 3-10; Lexis Nexis; 2007.

debe entender asimismo las palabras de la Constitución en el significado en el que son utilizadas popularmente y explicarlas en su sentido llano, obvio y común (...)”.

La CSJN sostiene que cuando la letra de la ley no exige ningún tipo de esfuerzo de interpretación debe ser aplicada de manera directa; incluso con presidencia de otras interpretaciones.

De esa forma, no solo la fuente de la exégesis de la ley es su propia letra sino que ese estándar, incluso, se complementa con otro: la obligatoriedad para los tribunales de efectuar, preliminarmente, una interpretación gramatical.

Este método de interpretación puede partir de una conceptualización popular o especializada. Más allá de este aspecto, lo que corresponde es darle a las palabras el significado más corriente o más “obvio”, de manera tal de expulsar cualquier tipo de interpretación oscura o ambigua.

Así es que se privilegia *“...una de las variables dentro de una exégesis preferentemente gramatical del derecho. Por ejemplo, cuando después de repetir que cuando una norma es clara y no exige mayor esfuerzo interpretativo no cabe sino su directa aplicación, agregan que es adecuado, en principio, dar a las palabras de la ley el significado que tienen en el lenguaje común, o bien el sentido más obvio al entendimiento también corriente...”*⁸

Este medio es extremadamente técnico porque resalta una función intrínseca del órgano sancionador. Constituye una expresión exclusiva del legislador, quien le da el *“...sentido que surge de las disposiciones que las empleen, salvo que esto lleve a contradicción. Por lo demás, ese sentido concuerda ordinariamente con el usual, pero esa coincidencia es cuestión que interesa sobre todo al legislador, el cual debe redactar la ley de modo que, salvando las esfumaduras del valor común de las palabras, les dé precisión sin restarles claridad...”*⁹.

⁸ Sagues Néstor P, *Interpretación constitucional y alquimia constitucional (el arsenal argumentativo de los tribunales supremos)*, Lexis n° 0003/01129/010167/010131, JA2003-IV-1220, p. 3.

⁹ Soler Sebastián, Ob. Cit., p. 179.

Ahora bien, en lo que se refiere al texto del art. 67 del Código Penal de la Nación, es menester destacar que existen términos que en mi concepción resultan confusos en el párrafo más vinculante para este trabajo, en cuanto establece que *“La prescripción también se suspende en los casos de delitos cometidos en ejercicio de la función pública, para todos los que hubiesen participado, mientras cualquiera de ellos se encuentre desempeñando un cargo público”*.

Si bien se pone en evidencia que el curso de la prescripción se suspende para todos los funcionarios públicos como para los *extraneus*, la norma no aclara si debe tratarse, necesariamente, del mismo hecho o, en su defecto, del mismo delito -entendiendo a éste como un tipo penal específico-.

Igualmente, y más allá de ello, de su redacción surge que para que la excepción opere el representante estatal debe ostentar cualquier cargo público; independientemente de aquél que poseía al momento de llevar a cabo las actividades presuntamente delictivas, bastando cualquier condición especial -sea nacional y/o local-.

Estos conflictos reflejan que *“(…) un texto dudoso (…) lleva necesariamente a la aplicación de otros procedimientos interpretativos, que exceden el marco de lo puramente gramatical, pues suponen que ese examen no ha declarado la voluntad de la ley, y hace falta ir a buscar más allá de las palabras...”*¹⁰.

De esa forma, existen diversas ocasiones en las cuales esta técnica, por más superlativa que sea, no resulta suficiente como para realizar una completa y/o eficiente interpretación de la norma. De allí que no sea absoluta, más allá de ser la más ponderante.

En base a ello estamos obligados a recurrir a otros supuestos cuando no logramos solucionar el conflicto planteado; sea por motivos de justicia, de equidad, de recta razón, por defectos, incoherencias o por imprecisiones del texto o de vocablos específicos.

¹⁰ Soler Sebastián, Ob. Cit., p. 179/180.

En miras de estos lineamientos, al no poder darle un marco interpretativo completo mediante este medio, y con el objeto de alcanzar el verdadero sentido del articulado, se analizarán a continuación los restantes tipos; a saber: lógico, sistemático, histórico y teleológico.

II. Interpretación lógica

Esta técnica tiende a resaltar tan sólo un enunciado dentro de la norma íntegra -como sería, por ejemplo, un inciso entre todos los que pueden componer el mismo artículo-, de manera tal que tenga una relación directa y acorde al contenido global de esa misma norma.

Como se indicó, el hecho de que recurra a las relaciones lógicas que reúnan distintas partes también implica que pueda compararse un precepto o una norma con otras similares, siempre y cuando estén relacionadas con la misma materia. Es *“la relación lógica en la que se hallan las diversas partes del pensamiento del legislador”*¹¹.

Siguiendo estos parámetros, la suspensión de la prescripción de la acción penal respecto de los imputados -cuando se trate de delitos cometidos en ejercicio de la función pública- constituye un enunciado dentro de una norma que establece, primero, que esa causal es una excepción y, segundo, que también lo es con relación a los plazos individuales de los cursos de las acciones estipulados en el último párrafo del mismo art. 67 del CPN.

De esa forma, si bien la última oración establece que la suspensión para todos los imputados configura una nueva limitación, no parece haber una simetría o armonía en la extensión a un tipo de imputado que no reúne esa cualidad especial supuestamente requerida para que se lo pueda tratar de la misma forma.

Es decir, si hay dos limitaciones, ¿cuál es el sustento, más allá de la norma en sí, para que una de ellas prevalezca sobre la otra y no al revés? Si partimos de la base de que suspendemos los plazos respecto de los

¹¹ Vigo Rodolfo Luis, *De la interpretación de la Ley a la argumentación desde la Constitución: realidad, teorías y valoración*, Dikaion Revista de Fundamentación Jurídica, Vol.21, 1/6/2012, p.187-227.

representantes estatales para impedir la impunidad de hechos intrínsecamente vinculados al ejercicio de la función pública, no encuentro ningún respaldo lógico que me permita exigirle lo mismo a este tipo de imputado.

Por ende, si recorro a este método, puedo concluir que la excepción prevista en la norma no debería aplicarse también a los particulares. Menos aún si la norma no logra evidenciar porqué el contexto de su intervención podría demandarle que soporte las mismas consecuencias procesales; es decir, sin especificar qué parámetros o factores de su participación podrían ser los suficientemente cercanos al “ejercicio de la función pública” como para darle el mismo estándar.

El único respaldo legal que posee es su propia letra que, como vimos en el punto anterior, ni siquiera resulta autosuficiente para descifrar su verdadero sentido.

III. Interpretación sistemática

Si bien esta técnica tiene rasgos similares a la interpretación lógica por recurrir a otros incisos normativos para su complementación, lo hace de manera más extensiva, en función de que la interpretación de la norma de la que se trate se realiza en base a las conexiones que pueda tener con la totalidad del ordenamiento jurídico.

Básicamente, este método *“se refiere a la conexión interna que enlaza a todas las instituciones y reglas jurídicas dentro de una magna unidad”*¹², teniendo por finalidad una estrecha relación con las reglas del derecho, a punto de entender en qué lugar se encuentra la ley dentro del sistema jurídico.

La necesidad de realizar una interpretación orgánica-sistemática hace prevalecer la interpretación jurídica por sobre la gramatical, predominando, así, lo que podríamos denominar “realidad jurídica”.

¹² Vigo Rodolfo Luis, Ob. Cit., p.187-227.

De esa forma, *“la atribución de significado a un precepto o conjunto de preceptos parte de la presunción de que el derecho es un todo ordenado, coherente y completo...”*¹³.

Como indiqué, este medio interpretativo *“...atiende a la totalidad de los preceptos de una norma (...) así como su enlace con todas las del ordenamiento jurídico (en particular, con las que disciplinan la misma materia), y de modo que mejor se adecuen al espíritu y a las garantías de la Constitución Nacional (...) Es una fórmula que descarta la interpretación aislada de un precepto jurídico (...) La interpretación orgánica o sistemática es particularmente destacada por la Corte Suprema respecto de la Constitución. Ninguna de sus cláusulas puede ser interpretada solitariamente (...) sino que cabe entenderlas integrando las normas dentro de la unidad sistemática de la Constitución, comparándolas, coordinándolas y armonizándolas de tal forma que haya congruencia y relación entre ellas...”*¹⁴.

Así, busca un enlace armónico entre la propia norma y el orden jurídico a nivel global, con el propósito de adecuar su esencia a la de las garantías de la CN. Justamente por eso descarta, desde su punto de partida, cualquier tipo de interpretación aislada.

En función de ello, *“...la interpretación debe hacerse armónicamente teniendo en cuenta la totalidad del ordenamiento jurídico y los principios y garantías de raigambre constitucional, para obtener un resultado adecuado, pues la admisión de soluciones notoriamente disvaliosas no resulta compatible con el fin común (...)”*¹⁵.

Por ello es que *“...La Constitución (...) debe analizarse como un conjunto armónico dentro del cual cada parte ha de interpretarse a la luz de las disposiciones de todas las demás (...) La Ley Fundamental es una estructura sistemática, sus distintas partes forman un todo coherente y en la inteligencia*

¹³ Zuleta Puceiro, Enrique; *Interpretación de la ley: casos y materiales para su estudio*; 1ª edición, 2ª reimpresión; Bs. As., La Ley, 2006, p. 54.

¹⁴ Sagues Néstor P, *Interpretación constitucional...*, ob. cit., p. 4.

¹⁵ CSJN, “Díaz Cabral Marcelo c/ Estado Nacional”, Fallos 329:2890, 18/07/2006.

de una de sus cláusulas ha de cuidarse de no alterar el equilibrio del conjunto...”¹⁶.

Ahora, si partimos de la base de que las partes del conjunto normativo forman o deberían formar un “todo coherente”, resulta fundamental recurrir a las demás normas de alcance nacional, vinculadas a la función pública; de forma tal de corroborar si en verdad este precepto encuentra, o no, correlato con ellas.

En esa línea corresponde recordar que tanto en la CN como en el CPN se establecen hechos ilícitos propios vinculados a los funcionarios públicos requiriendo, así, esa cualidad especial.

A modo de ejemplo se puede mencionar el delito de sedición o asonada, establecido en el art. 127 de la CN, el de malversación de caudales públicos, establecido en el art. 261 del CPN, o incluso el propio art. 80 del CPN, en cuanto agrava la escala penal de los homicidios cometidos por representantes estatales. Si bien estos ejemplos son lejanos a la temática de este trabajo, nos sirven de guía para evidenciar que todo el sistema normativo, y especialmente el penal, realiza una clara distinción entre los delitos comunes y aquellos que requieren de un ejercicio público especial.

De allí que exista un artículo dentro del Código Penal que defina, explícitamente, qué es un “funcionario público” (art. 77). En definitiva, esta distancia entre ambos deriva, en gran medida, de su condición y de sus obligaciones que posee para con la Nación y la comunidad.

Si existen supuestos de hecho para todos los imputados que son agravados por el carácter especial, como así también tipos penales específicos que requieren de esa cualidad y de un deber concreto... ¿por qué en este caso en particular no existe una distinción entre ambos?

Si existe un sistema normativo basado en diferenciaciones entre las dos figuras, si existen deberes intrínsecos distintos, y hasta incluso puede haber sujetos pasivos disímiles por más que se traten de actividades

¹⁶ CSJN, “Brusa Víctor s/ pedido de enjuiciamiento”, Fallos 326: 4816, 11/12/2003.

delictivas compartidas, evidentemente esta excepción difícilmente pueda encontrar armonía con el sistema normativo.

Los ejemplos que lo avalan son múltiples. Entre ellos se encuentran, también, la diferenciación que existe en las consecuencias derivadas de los delitos cometidos por los funcionarios; tales como la inhabilitación especial para ejercer cargos públicos a futuro. O, más aún, y más cercano a los parámetros del art. 67, segundo párrafo, podemos mencionar el art. 76 bis, en cuanto establece que no puede proceder la suspensión del juicio cuando un funcionario público hubiera participado del delito, en el ejercicio de la función pública.

Haciendo un paralelismo, y siguiendo los lineamientos de esta excepción...¿no podría pensarse que la suspensión del juicio no debiera proceder

“...en los casos de delitos cometidos en ejercicio de la función pública, para todos los que hubiesen participado, mientras cualquiera de ellos se encuentre desempeñando un cargo público”?

Si este método de interpretación descarta la validez de una norma aislada que no es coherente ni correlativa con el sistema normativo, la excepción del art. 67, segundo párrafo, del C.P. tampoco puede estar justificada, en lo que concierne a los particulares. Si así no fuera, y se la diera por válida, esta cláusula en particular podría alterar el equilibrio total del orden legal.

IV. Interpretación histórica

En correlato con la lógica y la sistemática requiere de la conjunción de otras normas para que pueda hallar el verdadero sentido que le quiso dar el legislador a su creación. Sin embargo, y a diferencia de esos métodos, analiza la sanción de las normas jurídicas previas a la estudiada para determinar en qué puntos pudieron influir en su redacción actual.

Este método también es denominado “interpretación auténtica”, puesto que pone énfasis en la etapa preliminar de la intención del legislador. Sea a través de los antecedentes parlamentarios, los debates en el recinto, la exposición de los motivos en las comisiones vinculadas a las temáticas a abordar, los despachos de los constituyentes, etc.

La técnica puede ser estática, que refiere que las reformas que se realicen no alteren el estado natural de su concepción. En nuestro país fue así desde 1964, con la implementación de la ley 16.648, hasta 1999, mediante la entrada en vigor de la 25.188 -período en el cual la suspensión de la prescripción sólo se imponía a los funcionarios públicos-.

También puede ser dinámica, la cual varía constantemente según lo haga la sociedad y, en consecuencia, la visión de los legisladores (tal como surge actualmente desde la sanción de la ley 25.188, circunstancia en la que comenzó a aplicarse, con algunas disidencias, a los privados que intervienen en los “delitos” cometidos en ejercicio de la función pública).

Una vez realizada esta diferenciación resulta esencial destacar que muy pocos legisladores y doctrinarios hicieron alusión a los alcances de esta restricción al momento de darle vida. Las leyes 16.648, 21.338 –dictada en un gobierno de facto y, por ende, sin debate- y la 23.077 sostuvieron que la suspensión de la prescripción sólo se iba aplicar con relación a los funcionarios públicos.

Sin embargo, a través de la ley 25.188, el Poder Legislativo de la Nación decidió equiparar a los particulares con los representantes estatales, pese a que ambas figuras refieren, por sus condiciones intrínsecas, que son totalmente disímiles por más que se conecten en las hipótesis fácticas que deben dilucidarse en una investigación.

En ese marco entiendo que recordar qué dijeron los legisladores y especialistas en el tema –sea por su condición de doctrinarios, teóricos o agentes de la justicia-, resulta determinante a la hora de esclarecer las

motivaciones que se tuvieron en cuenta para llegar a una conclusión tan estricta y, en simultáneo, conflictiva.

Néstor Sagues tiene dicho, en este punto, que *“Como métodos para averiguar la voluntad del legislador la Corte recomienda, por ejemplo, la consulta a los antecedentes parlamentarios (...) Tales debates contribuyen para detectar la “interpretación auténtica” de la norma (...); o la exposición de motivos de la ley (...) También ha tenido en cuenta los despachos de las comisiones legislativas o constituyentes, así como la exposición de su miembro informante (...)”*¹⁷.

En esa línea, y en la reunión 29^a de la Cámara de Diputados de la Nación previa a la sanción de la ley 25.188, se expidió, con relación a esta temática, el diputado por la prov. de Santa Fe, Guillermo Raúl Aramburu, quien expresó que la paralización del proceso surgía en función de que *“...el ejercicio de la función pública puede actuar como un inhibidor de la persecución judicial en un determinado delito, y que en definitiva éste termine prescribiendo, favoreciéndose de ese modo la impunidad. Por lo expuesto, se ha establecido que se suspende la prescripción de la acción penal en los delitos cometidos en el ejercicio de la función pública mientras cualquiera de los partícipes mantenga el cargo público”*¹⁸ -el subrayado me pertenece-.

A la par, en la reunión 26^a de la Cámara de Senadores de la Nación tomó la palabra el senador Jorge Raúl Yoma. Allí expresó, entre otras cuestiones, que *“...las circunstancias que determinan excepcionalmente la suspensión de la prescripción de la acción penal...no tienen mucho que ver con una ley de ética pública. Sin embargo, los aceptamos porque son correctos...”*¹⁹.

Por su parte, en la 36^a de la Cámara de Senadores de la Nación, el Doctor Carlos Beraldi expresó, con relación a este acápite en particular, lo siguiente: *“En cuanto a la reforma del artículo 67 que se refiere al régimen de*

¹⁷ Sagues Néstor P, *Interpretación constitucional...*, ob. cit., p. 6.

¹⁸ Cámara de Diputados de la Nación, Diario de Sesiones, 29^a reunión, 10^a sesión ordinaria, 20 y 21 de agosto de 1997.

¹⁹ Cámara de Senadores de la Nación, Diario de Sesiones, 26^a reunión, 16^a sesión ordinaria, 24 de junio de 1998, p. 3934

prescripción de los delitos, creo que también debemos rescatar un acierto de esta reforma. Lo que se hace es ampliar el marco de causas de suspensión de la prescripción en todos los casos en los que el delito ha sido cometido por un funcionario público en ejercicio de sus funciones. Recuerden ustedes que la disposición anterior preveía esta causa de suspensión sólo respecto de algunos delitos cometidos en contra de la administración pública. Además introduce una excepción, que me parece importante, en cuanto al régimen de cómo corre la prescripción. El principio general es que la prescripción es independiente para cada una de las personas intervinientes en un delito. En este caso lo que se dice es que el solo hecho de que uno de los participantes en el hecho tenga función pública significa la paralización respecto de todos del trámite de la prescripción. Esto me parece saludable porque existe la sospecha, fundada o no, acerca de que hay interferencias de los poderes políticos en contra de la transparencia que debe regir los procesos judiciales. Me parece que la amplitud de los plazos de prescripción, por lo menos en alguna medida puede garantizar que esta actividad se desarrolle en el caso de los funcionarios públicos, después que éstos han abandonado sus cargos...”²⁰ -el subrayado me pertenece-

En esa misma ocasión fue invitado a exponer el fiscal ante la Cámara Federal de Casación Penal, Dr. Raúl Pleé, quien indicó : *“Si es lógica una reforma al artículo 67 del Código Penal en lo que se refiere a la suspensión del términos de prescripción de los delitos contra la administración pública, sobre todo en aquellos procesos en los cuales se exceptúa la regla genérica de que la prescripción corre con relación a cada uno de los partícipes del hecho delictivo. En este caso, el de la determinación de la suspensión para todos aquellos que están involucrados en el hecho sospechado como ilícito, entre los cuales hay un funcionario público, debe suspenderse el término de la prescripción durante el tiempo que este funcionario permanezca en funciones.”*

²⁰ Cámara de Senadores de la Nación, Diario de Sesiones, 36ª reunión, 19ª sesión ordinaria, 19 de agosto de 1998, p. 5166.

Y habría que efectuar una revisión de cada disposición concreta..." ²¹ -el subrayado me pertenece-.

En miras de estos lineamientos, y más allá de haber sido votada y aprobada en ambas cámaras, muy pocos especialistas se expidieron con relación a esta restricción, pese a la importancia que podría tener su aplicación en un proceso penal.

Ninguna de las leyes distinguió ni distingue si la causal de suspensión debe operar en términos abstractos y globales para todos los imputados. Es decir, si la excepción debe aplicarse o no para todos por el simple hecho de que uno de ellos siga siendo funcionario.

No sólo porque se hayan centrado siempre en el funcionario público sino, más bien, porque se omitió darle un tratamiento real y válido acerca de su existencia, constituyendo tan sólo un mero dogmatismo teórico y ambiguo que podría haber desembocado en una conclusión arbitraria. Es decir las premisas de que exista un funcionario y un contexto crimonoso relacionado a funciones públicas, no alcanzan para decir que el hecho es tan grave que se necesitan leyes rígidas y, por ende, abarcar a todo tipo de partícipe por más que no tenga esa cualidad especial.

En la misma línea, y dentro de ellos, sólo a uno de los expositores le llamó la atención la equidad presentada. Aunque sin explicar por qué y sin referirse al privado en particular, fue el Dr. Pleé quien sostuvo que debería realizarse una revisión en cada caso específico, apreciando que podría generar inconvenientes su aplicación.

Estos patrones evidencian que no se hizo ningún análisis en cuanto a la razón de ser de esta extensión, pese a que su entidad pudiera restringir principios constitucionales. Este tipo de debate ni siquiera se dio en las leyes posteriores, de lo que se entiende, a mi modo de ver, que la gravedad de los hechos en base a quienes los cometían eran tan relevantes que no

²¹ Cámara de Senadores de la Nación, Diario de Sesiones, 36ª reunión, 19ª sesión ordinaria, 19 de agosto de 1998, p. 5170.

merecía discusión alguna. Lamentablemente, dentro de esa omisión, hay un tipo de imputado que al menos mereció y merece algún tipo de diferenciación.

En base a ello es que entiendo que *“...Se trata, pues, de una solución práctica ante la dificultad de obtener pruebas de la existencia y autoría del hecho punible debido a la posición privilegiada del sujeto activo, para quien es relativamente fácil ocultar la ejecución del delito y los elementos que podrían conducir a imputarle la comisión del mismo...”*²².

Puede que estas palabras resuman la idea de su normativización; más aún si tengo en cuenta que hacia el año 2004 se sancionó una nueva ley (25.990), que fue promulgada automáticamente y sin que los poderes hicieran algún tipo de referencia al respecto.

Una cuestión es desentrañar una norma en base a lo que el legislador dijo en su momento –aunque en muchos casos no resulta suficiente, tal como expuse en el apartado anterior-, y otra muy distinta es interpretarla en un contexto social determinado, es decir, independizándola de las intenciones del congresista para darle un sentido actual.

Por eso considero que la forma varía en función de los momentos en los cuales se hace. De allí que *“las conclusiones de la interpretación pueden ser distintas según sea el momento histórico en que se la realice; los cambios que motiven esos distintos resultados pueden haberse operado dentro del orden (...)”*²³.

En definitiva, analizar los alcances de una norma en base a las intenciones concretas y específicas que tuvo el legislador para sancionarla conlleva un parámetro poco propenso a los cambios que puedan devenir con el transcurso del tiempo. En contrapartida, una interpretación más pasible a las mutaciones sociales generaría una actualización constante para admitir ciertos cambios que puedan surgir dentro de las comunidades.

²² Villanueva Horacio J. Romero, *La Prescripción Penal*, 1ª edición, Abeledo Perrot, Bs. As, 2008, p 51-52.

²³ Creus Carlos, *Derecho penal. Parte general*, 5ª edición actualizada y ampliada, 1ª reimpresión, Editorial Astrea, CABA, 2004, p 77.

Claro es, a esta altura, que la intención del momento de sanción puede no ser la misma que exista o se encuentre vigente al momento de su aplicación. De allí que *“...en la ley siempre se puede reconocer un “querer actual”, que no se cristaliza en el “querer del legislador” ...Por esa razón se habla del carácter “progresivo” de la interpretación (...) La interpretación progresiva no es una interpretación “correctiva” (Mezger) (...) las circunstancias sociales...le pueden asignar nuevos contenidos sin deformarla...”*²⁴.

En el caso traído a estudio nunca se aplicó una fórmula auténtica, en tenor de que el organismo que sancionó las normas vinculadas a la suspensión de la prescripción –Poder Legislativo- podría haber emitido otro acto para corregir y/o interpretarlas.

Sin perjuicio de ello, en ningún momento lo hizo, sea en el mismo contexto o posteriormente. Quizás ese sea uno de los motivos principales por los cuales los tribunales de nuestro país cuenten con pocas armas para justificar la equiparación de los funcionarios y los privados.

Estos parámetros reflejan que, si bien los fallos del Poder Judicial sólo tienen validez para el caso particular, existe un consenso general del sistema que hace que la ley se aplique *in totum*.

Claro es, con este estándar, que cuanto menos existe un error del legislador al darle sentido a la ley *“...sin perjuicio de que le haga alcanzar un grado de incongruencia que la torne inconstitucional...”*²⁵; aspecto que será analizado en los apartados siguientes.

Si bien la sociedad y, por ende, el legislador, puede variar su visión con relación al particular que interviene en las esferas públicas, lo cierto es que ninguna de las leyes que le dio forma a su implementación puso de resalto su rol.

No digo que la sociedad no pueda mutar su postura con el transcurso del tiempo. Hoy en día la comunidad es más demandante con

²⁴ Creus Carlos, Ob. Cit., página 78.

²⁵ Creus Carlos, Ob. Cit., página 85

relación a los dos tipos de agente que intervienen en connivencia, pero no podemos olvidar que su previsión nunca fue explicitada.

Si el punto de partida son las leyes 25.188 y 25.990, este método de interpretación no permite justificar la estipulación de esta limitación; no obstante lo cual deja abierta la posibilidad a que las mutaciones que puedan surgir puedan expresarse para que se establezca una nueva norma donde se debata, de una vez por todas, cuáles son las implicancias, las actividades especiales, y un estándar similar que permita que le formulemos el mismo reclamo a los privados pese a no reunir esa condición y/o deber especial.

Si los legisladores nunca previeron esta circunstancia en especial, y su reglamentación surgió como un mero inhibidor de la persecución penal respecto de un funcionario, jamás debería haberse extendido en la práctica a quienes no lo son.

En definitiva, si el representante estatal no existiera, esta extensión de la suspensión tampoco; como así tampoco podría perdurar en el tiempo, si quien detenta un cargo de esas características, finaliza en su mandato social. Por estos motivos considero que no se encuentra justificada, bajo este método, la acción de suspender el curso de prescripción respecto de todos los imputados.

V. Interpretación teleológica

Esta técnica trata de ubicar el sentido de una norma en base a los objetivos y/o fines buscados al momento de su sanción. Intenta abstraerse del sentido textual haciendo hincapié en el motivo que se tuvo en cuenta para su implementación.

Desde esa óptica, su objetivo es privilegiar los fines de la norma, buscando cuáles son los que favorecen y no los que la dificultan o estorban.

Partiendo de esta premisa, resulta esencial recordar que la excepción del art. 67 del CPN se refiere a los *“delitos cometidos en ejercicio de la función pública”*, de manera tal que lo único que le interesó al legislador son

y fueron los hechos cometidos por representantes estatales en el marco del rol específico que detectaban dentro del Estado.

En palabras de Néstor Sagués, en diversas decisiones “(...) es misión de los jueces dar pleno efecto a las normas vigentes sin sustituir a éste, y sin juzgar sobre el mero acierto o conveniencia de las disposiciones adoptadas por él en ejercicio de sus propias facultades” (...) en otras sentencias de la Corte Suprema se destaca que el dar pleno efecto a la voluntad del legislador es “el fin primordial del intérprete” (...) no hay método de interpretación mejor, cualquiera que sea la índole de la norma, que el que consulta la realidad del precepto y la voluntad del legislador, o sea, la finalidad de aquélla (...) con lo que parece inferirse que los fines de la norma resultan coincidentes con la intención de su autor”²⁶.

La interpretación, bajo estos recaudos, debe hacerse evitando darle a la norma un sentido que ponga en pugna sus disposiciones “...destruyendo las unas por las otras, y adoptando como verdadero el que las concilie o deje a todas con valor y efecto (...) al tiempo que se consulte la racionalidad del precepto y la voluntad del legislador, que no puede ser obviada por posibles imperfecciones técnicas de su instrumentación legal que dificulten la consecución de los fines perseguidos por la norma (...)”²⁷.

A punto tal que si el funcionario público no estuviera implicado en este tipo de ilícitos, jamás podría estarlo el particular, detentando éste un rol secundario, sino desplazado, en lo que se refiere a la intención de su incorporación en la norma.

El argumento de esta técnica es manifiestamente finalista porque “...Si a un precepto legal o al conjunto legal de que forma parte le resulta atribuible una finalidad o propósito general, debe ser interpretado, dentro de los límites tales que su aplicación en casos concretos resulte compatible con la orientación finalista o propósito postulado...”²⁸

²⁶ Sagues Néstor P, *Interpretación constitucional...*, Ob. Cit., p. 5.

²⁷ CSJN, “Municipalidad de Crespo c/ Entre Ríos”, Fallos: 329:5826, 19/12/2006.

²⁸ Zuleta Puceiro; *ob. cit.*, p. 59.

Observando estos parámetros... ¿podría afirmarse que el Poder Legislativo de la Nación incorporó al privado en la limitación porque su propósito real era impedir la impunidad de su participación en los hechos? o, como contracara, ¿no será que utilizó a este tipo de imputado para dificultar las tendencias impunes de algunos funcionarios? Los argumentos brindados por los legisladores al momento de darle fuerza de ley al párrafo segundo del artículo 67 del CPN evidencian que lo único que les importaba era el agente público. Justamente por eso ni siquiera hicieron alusión, directa o indirecta, al particular que podría o no haber intervenido en sus esferas.

En línea con este método, y más allá de la tendencia finalista esbozada, este tipo de interpretación también puede tener una orientación pragmática, la cual *“permite apreciar un acto o un acontecimiento con arreglo a sus consecuencias favorables o desfavorables...”*²⁹.

Ahora, sabiendo ya que el único fin fue impedir la impunidad de los representantes de la sociedad ¿qué beneficios trae, para ello, que se suspenda la prescripción con relación a los particulares?

Desde esa óptica, y más allá de poder utilizar al privado para alcanzar al funcionario, lo cierto es que la incorporación del primero en nada aporta para con el segundo. Supongamos, hipotéticamente, que se suspende la prescripción con relación a dos personas que pagaron coimas a un funcionario para condicionar la objetividad de sus funciones en una licitación... ¿qué beneficios podría aportar para con la búsqueda de la impunidad de los funcionarios?

Es evidente que su estipulación no aporta ni aumenta el “efecto utilidad de la norma”, de manera tal que no sólo no es efectiva, sino que quizás, en cierto punto, contraproducente, porque el sistema judicial debería desviar el foco de atención en base a un sustento legal lejano.

Esta técnica en particular nos da la pauta de que la extensión de la excepción con relación a los particulares no solo condiciona sus derechos,

²⁹ Zuleta Puceiro, ob. cit, p.. 62 y s.s.

sino que en cierto punto los altera y los obstruye, teniendo en cuenta que “...la proporcionalidad supone que las restricciones que se impongan no deben valorarse en abstracto sino en función de la entidad del bien que se pretende proteger”³⁰.

Así, una medida de estas características, tendiente a restringir un derecho individual elemental de otro tipo de imputado, solamente es proporcionada “...si persigue un objetivo legítimo; si la medida se encuentra conectada racionalmente con dicho objetivo; si es lo menos restrictiva respecto de otros medios igualmente efectivos y si no es desproporcionada en sentido estricto (...) En principio, este test de ponderación representa un análisis costo-beneficio que aportaría el objetivo público con los costos que representa la restricción al derecho individual”³¹.

En línea con este argumento, la afectación del particular no es proporcional al objetivo del legislador, por no haber simetría con la búsqueda de evitar la impunidad de los funcionarios. Es claro, además, que es extremadamente restrictiva cuando existen otros medios que podrían ser igualmente efectivos -tal como podría ser suspender solamente el curso de la prescripción respecto de los agentes públicos-.

En definitiva, no hay simetría entre el costo -afectación de derechos elementales de un tipo de imputado- y el objetivo público -impedir que la sociedad no pueda tener una respuesta, a través del sistema judicial, acerca del descubrimiento de la verdad de los hechos en los cuales intervinieron sus representantes-.

Para concluir. Si siempre debemos optar por la alternativa más favorable en defensa y tutela de los derechos protegidos por los imputados, bajo ningún parámetro podríamos justificar la excepción de esta extensión, por lo que este método interpretativo tampoco resulta autosuficiente para convalidar el segundo párrafo del art. 67 del Código Penal de la Nación.

³⁰ Gullco Hernán, Los derechos en la Constitución Nacional. Casos y métodos, 1ª. edición, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2019, p 28-29.

³¹ Gullco Hernán, Ob. Cit., p. 30.

III. Aplicación de la norma en los casos concretos

Como indiqué, desde la primera hasta la última norma, vinculada a la suspensión de la prescripción de delitos cometidos en ejercicio de la función pública, transcurrieron cuarenta años sin que se haya podido legislar, de manera contundente y eficaz, los alcances de esta excepción en materia procesal.

Hasta la anteúltima -Ley 25.188-, la legislación era clara: la suspensión nunca se aplicaba a los imputados que no eran representantes estatales. Así, se le daba prevalencia al último párrafo del artículo 67 del Código Penal de la Nación que establecía que la prescripción se suspendía separadamente para cada uno de los partícipes.

No obstante ello, siempre hubo una tensión, y hasta cierta objeción, entre los párrafos segundo y quinto de ese articulado.

Según la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal, la Ley 25.188 fue la que permitió delimitar y precisar los alcances de la excepción de manera incontrovertible; de modo tal que *“...A partir de allí (...) “no hay duda de que también los extraneus quedan alcanzados por la suspensión de la prescripción, mientras uno cualquiera de los que hubieren participado en el delito cometido en ejercicio de la función pública continúe desempeñando su cargo público”³².*

Igualmente, el hecho de que exista una limitación que nuestra jurisprudencia entiende que es clara y precisa no implica, de por sí, que esté debidamente justificada en esos términos, puesto que aún no logro comprender por qué se expande a los privados cuando ningún método de interpretación me permite respaldar esta equiparación.

³² CNCCF, Sala I, causa n° 43.925, “Schorr Ernesto R. s/ apela rechazo a la solicitud de prescripción”, 5/10/10.

En miras de estos lineamientos, y siendo que -como vimos en el apartado anterior- son las técnicas las que arriban a una conclusión opuesta en relación a si corresponde o no incluir a los particulares en la excepción prevista en el art. 67, segundo párrafo, del CP, puede ser útil analizar los casos prácticos para clarificar cómo se implementó esta limitación desde la entrada en vigencia de la Ley 25.188.

Para ello utilizaré la jurisprudencia del fuero Nacional Criminal y Correccional Federal radicado en esta ciudad -sea mediante fallos de la Cámara Nacional de Apelaciones como así también de la Cámara Federal de Casación Penal-, por ser el más cercano a los funcionarios públicos nacionales.

En simultáneo, y con el mismo alcance, trataré distintos precedentes vinculados a cambios interpretativos que pudieron surgir dentro del sistema judicial. Justamente para entender si la dicotomía originada en el Poder Legislativo de la Nación también se extendió al sistema judicial.

1. Jurisprudencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal

Previo a transcribir algunas de las resoluciones más relevantes en cuanto a la temática de este estudio, se torna necesario hacer una salvedad porque si bien la primera ley que cambió el paradigma fue sancionada hacia el año 1999, los planteos por las defensas de particulares relacionados con esta temática tomaron más fuerza posteriormente.

Veamos.

La Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal centró su análisis, desde los primeros planteos, en los diferentes grados jerárquicos de los representantes estatales y en sus consecuentes modos de intervención y/o afectación en los procesos. De hecho hacia el año 2007 sostenía que el único fin de la excepción del segundo párrafo

del art. 67 del CPN, era impedir que los funcionarios obstaculizaran o impidieran el ejercicio de la acción.

Basta con recordar en este punto, que remitiéndose a un proceso del año 2006, sostuvo que *“El alcance asignado por el legislador en la disposición del segundo párrafo del art. 67 del código sustantivo (...) radica en evitar que todo aquel que esté incorporado formalmente a la administración pública o que, simplemente participe en el ejercicio de funciones públicas, obstaculice o impida el ejercicio de la acción sin distinción de la influencia que pudiera ejercer a tales fines (Conf. Causa “Cavallo, Domingo F. s/ prescripción” del 30.11.2006) ³³.*

Este precedente refleja que hasta ese entonces el privado no era objeto de implementación de la excepción y que su condición naturalmente distinta tampoco era relevante ni para el legislador ni para el juzgador. En base a ello, la misma Sala se refirió ese año con relación a la extensión hacia los privados, ocasión en la que afirmó que *“La causal de suspensión que se prevé en el artículo 67 del Código Penal es aplicable a todos los delitos cometidos en el ejercicio de la función pública, y (...) alcanza por igual a todos los que han participado en el hecho, sean o no funcionarios públicos (...)” ³⁴.*

Por su parte, en cuanto al concepto de “cargo público”, en los términos del art. 67 del CP, la Sala I de la Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional Federal sostuvo, en el año 2009, que *“...no debe entenderse cualquier empleo estatal, sino al funcionario cuya jerarquía o vecindad con ésta permita sospechar que puede emplear su autoridad o influencia con el fin de perjudicar el ejercicio de la acción penal... o de sus cómplices o personas de estricta confianza” (conf. Zaffaroni, Eugenio Raúl, Alagia, Alejandro y Slokar, Alejandro, Tratado de Derecho Penal, Parte General, 2º ed., pág. 904 (...))³⁵.*

Esta primera aproximación evidencia que no todos los cargos suspendían el curso de la prescripción. Pero, no obstante ello, el análisis

³³ CCCF, Sala II, causa 24.380, “Gómez Medina Daniel E. s/ procesamiento, reg. 26.781, 10/05/07.

³⁴ CCCF, Sala II, causa n° 25.552, “Losardo Claudia s/ prescripción”, reg. n° 27.527, 26/10/07.

³⁵ CCCF, Sala I, causa 42.380, “Abella Alejandro s/ prescripción, reg. 40, 3/2/2009.

seguía centrándose directamente en el rol del representante estatal; incluso cuando quien efectuara el planteo y pusiera en riesgo su aplicación fuera un particular.

Ese mismo año, la Sala I de la CCCF realizó algunas precisiones con relación a los alcances de la “participación” del privado en los hechos recriminados a los funcionarios por delitos cometidos en ejercicio de la función pública.

Lo hizo al momento de abordar un planteo de prescripción formulado por uno de los imputados que no reunía esa cualidad especial; circunstancia en la que afirmó que “(...) *este Tribunal hizo un claro distingo entre quienes son considerados partícipes de un mismo hecho y quienes, aún sin serlo, comparten una misma causa como consortes: sólo a los primeros les cabe la suspensión. Así sostuvo que: “de lo que se trata en el caso no es sólo de precisar que el afectado por el evento ha sido el Estado, o que alguno de los imputados fue o es funcionario público, sino, ante todo, definir cuál es el obrar motivo de reproche, qué es lo que constituye materia de análisis y, fundamentalmente, si y cómo se engarza ello en los hechos objeto de investigación. Pues si la conducta que en el particular se examina constituyó el vehículo para acceder en el ilícito de otro habrá, en efecto, participación y se habilitará en el caso el vigor de la norma en examen. Mas si aquella no implicó sino un proceder que sólo puede ser adjudicado a título personal, que carece de vinculación con el obrar de un tercero, no existe ese sentido de complicidad que haga pesar sobre uno el hecho del otro ni espacio para aplicar regulaciones como las del segundo párrafo del artículo 67 del Código Penal que se asientan sobre esta misma premisa de responsabilidades compartidas (...)*”³⁶.

Este precedente constituyó una excepción a la regla, en función de que el estudio sí hizo alusión al privado -por más que el tribunal lo haya realizado de manera abstracta y focalizándose en su intervención dentro de las esferas del funcionario-.

³⁶ CCCF, Sala I, causa 45.348, “Cirigliano Sergio Claudio s/ prescripción”, Reg. 400, 28/4/2011.

Si bien la Sala involucró a todos los extraneos de manera globalizada que hubieran participado del hecho del representante estatal -sin indagar acerca de la situación particular del recurrente-, al menos en esa ocasión hizo una diferenciación entre quienes habrían intervenido en el hecho del funcionario y quienes sólo estaban involucrados al proceso bajo otros parámetros.

Igualmente, si bien la frase “...si la conducta...constituyó el vehículo para acceder en el ilícito de otro...” -para referirse a los extraneos que quedarían implicados- o el término “consortes” -para referirse a los terceros-, son algo ambiguos y no permiten obtener una conclusión lógico-racional acerca de sus implicancias, no puedo negar que en cierto punto este precedente constituyó un progreso. Sobre todo si tengo en cuenta que la premisa principal no fue la óptica estatal.

A pesar de esta excepción, debieron transcurrir tan solo poco más de dos años para que la misma Sala volviera a hacer foco en el funcionario, dejando de lado al privado, y extendiendo la suspensión de la prescripción a todos los imputados.

En esa oportunidad, sostuvo, concretamente, lo siguiente: “(...) los plazos para la extinción de la acción se suspenden en todos los casos en los que el delito se ha exteriorizado mediante la intervención de un funcionario público -con independencia del grado de compromiso que éste registre en su comisión-; que tal condición durará hasta tanto siga desempeñando esa calidad y afectará, no sólo su situación, sino la de todos aquellos que participaron en el ilícito, revistan o no los atributos del art. 77 del Código Penal (...) En este sentido, vale recordar, varios son los imputados en el sumario que todavía detentan ese carácter en la actualidad. Uno de ellos es, como advirtiera el a quo, el agente de la ANSeS que intervino, precisamente, en los específicos hechos atribuidos a la recurrente”³⁷.

³⁷ CCCF, Sala I, causa 48.877, reg. 1353, 29/10/2013.

Este criterio fue resaltado y profundizado desde ese momento, lo que pone en evidencia que hubo una visión cada vez más retrograda desde el año 2009; especialmente, a partir de 2011.

Los fallos adoptados con posterioridad clarifican y sustentan este argumento.

Hacia el año 2014, la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal sostenía que la exégesis de la norma no podía realizarse prescindiendo de sus propios términos; esto es, la estipulación expresa de la suspensión del curso de la prescripción respecto de todos, mientras “cualquiera” de los que hubiere participado desempeñara un cargo público. Claramente, aquí, recurrió a un método de interpretación gramatical.

En correlato con ello dijo que “...*el Diccionario de la Real Academia Española refiere que el término “cualquiera (...) alude a “una persona indeterminada, alguno, sea el que fuere” (...). Es decir, siempre que se verificara la condición prevista –esto es, que alguno de los partícipes desempeñe una función pública– correspondía aplicar la causal de suspensión respecto de todos ellos, incluyendo así a los no funcionarios y a quienes hubieran cesado en el cargo. En este punto, nada permite asumir la inconsecuencia del legislador, que lejos de limitar el alcance de la norma, seleccionó la voz “cualquiera” para proyectar su aplicabilidad, aludiendo así a un colectivo de sujetos. De otro modo, ¿cuál habría sido la finalidad de utilizar dicho término? y ¿por qué no aludir a otro con connotación estrictamente individual, como bien pudiera haber sido “imputado”, en caso de que se pretendiera que la causal regulara exclusivamente la situación del funcionario que desempeña un cargo público?”³⁸. –el resaltado me pertenece-*

Evidentemente quienes deben aplicar el derecho al caso concreto sólo se limitaron al punto de partida literal de los términos; incluso

³⁸ CCCF, Sala I, causa 5713/2011/4/CA4, 27/05/2014.

reconociendo que podía existir cierta “inconsecuencia” por parte del legislador.

Además aplicó esa técnica para justificar la extensión al privado y, en simultáneo, para restringir los alcances de la representación de la función pública; lo que pone de manifiesto que esa visión gramatical al menos fue parcial. Así, y *“Frente a este panorama, (...) la causal de suspensión establecida en el segundo párrafo del artículo 67 del código de fondo, radica en evitar que todo aquél que esté incorporado formalmente a la administración pública o que, simplemente participe en el ejercicio de funciones públicas, obstaculice o impida el ejercicio de la acción penal, sin distinción de la influencia que pudiera ejercer a tales fines ni del cambio de función en otras reparticiones estatales (...) la norma tiende a evitar que el término de prescripción se integre o se agote mientras las facultades o influencias funcionales puedan obstaculizar o impedir el ejercicio de la acción penal...Esta interpretación guarda correlato con la finalidad que inspiró la causal de suspensión en trato, evitando que quede asimilado “cualquier” desempeño en un cargo público posterior al delito a las situaciones de obstrucción de las investigaciones que fueron tenidas en consideración en el segundo párrafo del art. 67 (...) dando preeminencia así al principio de máxima taxatividad interpretativa de la ley penal que impone respetar el art. 18 de la Const. Nacional (conf. Sobre esto último, Zaffaroni-Alagia-Slokar, “Derecho Penal. Parte General”, Ediar, pág. 110, Buenos Aires, 2000)”*³⁹. –el resaltado me pertenece–.

En definitiva, y más allá del rol del legislador, dentro del Poder Judicial se realizó un intento por enmarcar y respaldar esta excepción dentro de los alcances de la Constitución Nacional. Principalmente en ese fallo, haciendo cierta alusión al trato igualitario de la causal y al principio de máxima taxatividad de la ley.

El problema, como veremos después, es que existen otros principios y otras formas de extender las garantías que también deberían

³⁹ CCCF, Sala II, causa n° 31.504, “Furlong Juan Patricio s/ prescripción”, reg. 34.391, 19/04/12.

haberse analizado y estudiado si en verdad se quería encontrar una respuesta acerca de este problema.

Ya en el año 2013 solo se hacían distinciones en cuanto a los diferentes cargos públicos, tanto en función de los hechos como por sus consecuencias. En ese período la Sala II de la CCCF sostenía que *“(...) a los fines previstos por el segundo párrafo del artículo 67 del Código Penal, no cualquier empleo estatal puede entenderse como cargo público, sino que tal inteligencia debe dársele a aquel funcionario que por su jerarquía -o vecindad con ésta- le sea factible recurrir a su autoridad o influencia con el fin de perjudicar el ejercicio de la acción penal...”*⁴⁰.

Recién ese año la justicia decidió utilizar un método de interpretación teleológico, para intentar justificar su extensión. Fue el Dr. Farah quien, en aquél entonces, se centró en uno de las razones expuestas en el debate de lo que fue la Ley 25.188, indicando que *“...Uno de los fundamentos dados al tiempo de la sanción de la misma, fue la finalidad de impedir la impunidad y evitar que el funcionario público, por razón del cargo que ostenta, obstaculice las investigaciones o entorpezca el accionar de la justicia...”*⁴¹

Hacia el año 2014, la Sala II de la CCCF se expedía con relación a los alcances de un cargo público de alto rango, como motor de distinción con aquellos representantes estatales que poseen rangos incapaces de afectar o incidir en un proceso penal.

Lo hizo en el caso de supuestos sobresueldos pagados por la entonces Secretaría de Inteligencia del Estado durante la presidencia de Carlos Saúl Menem, al momento de que su titular, Hugo Alfredo Anzorreguy, planteara la prescripción. Allí dijo que *“La jerarquía del cargo público que ocupa Carlos Saúl Menem desde el 10 de diciembre de 2005 hasta la actualidad como Senador electo por la Provincia de La Rioja,”...justifica la suspensión del curso de la prescripción en la presente causa y respecto de todos los*

⁴⁰ CCCF, Sala II, causa n° 32.566, “Martínez Juan de Jesús s/ prescripción”, reg. 35.659, 13/02/13.

⁴¹ CCCF, Sala II, causa 33.025, “Morán Carlos Alberto s/ prescripción”, reg. 36.603, 9/9/2013, voto en mayoría del Dr. Farah.

intervinientes (...) Ello es así, en tanto el “cargo Público” [en el que se desempeña el senador Menem satisface], objetivamente, el fundamento de posible influencia política que requiere autorizada doctrina para suspender el curso de la prescripción de la acción penal en los términos del art. 67, párrafo segundo del C.P., en tanto se sostiene que ‘por cargo público no debe entenderse cualquier empleo estatal, sino al funcionario cuya jerarquía o vecindad con ésta permita sospechar que puede emplear su autoridad o influencia con el fin de perjudicar el ejercicio de la acción penal (ministro, secretario, subsecretario, juez), o de sus cómplices o personas de estricta confianza.’ (ob cit. Ibídem)”⁴²-el subrayado me pertenece-

Si partimos de la premisa delineada en este precedente, en cuanto a que el art. 67 del Código Penal de la Nación posee como fundamento la “posible influencia política que requiere autorizada doctrina”, la función o rol del particular para con el proceso, debería excluirse de la excepción, puesto que jamás podría desempeñar una función así cuando su condición natural se lo impide.

En definitiva, este estándar fue sustentado por las dos Salas del fuero Criminal y Correccional Federal. Ambas se mantuvieron en línea con la aplicación sistemática, generalizada y globalizada de la suspensión de la prescripción respecto de los privados en delitos cometidos en ejercicio de la función pública.

Unos años después –ya en el 2017-, y asentando el mismo patrón, la Sala II insinuó que no podía tener la misma consecuencia que un imputado ocupara otro cargo público con relación al que detentaba al momento de los hechos. A pesar de ello, siempre el análisis y el estudio partía del funcionario, y se extendía, indiscriminadamente, a los demás.

Más allá de hacer hincapié en que no cualquier cargo público bastaba para presumir una sospecha fundada con relación a la capacidad de

⁴² CCCF, Sala II, causa 49.238, “Anzorreguy Hugo Alfredo s/ prescripción”, reg. 359, 21/03/2014.

entorpecimiento de la investigación, la Sala II extendió la limitación a los demás imputados de manera automática.

Ello por cuanto, a su entender, la suspensión del curso de la prescripción para los delitos cometidos en ejercicio de la función pública regía *“(...) para todos los que hubieren participado en la comisión del ilícito, mientras cualquiera de ellos se encuentre desempeñando un cargo público (...)”*⁴³.

Más recientemente, y ya acercándonos a la actualidad, ambas Salas dictaron distintas sentencias entre los años 2018 y el corriente, en el que enfatizaron el criterio de suspender la prescripción en los casos de delitos cometidos en el ejercicio de la función pública, respecto de todos los imputados.

Como ejemplo de ello puedo mencionar, un fallo de 2018, dictado por la Sala II de la CCCF, en la que sostuvo que resultaba *“(...) plenamente aplicable la excepción (...) para todos los que hubiesen participado mientras cualquiera de ellos se encuentra desempeñando un cargo público.”*⁴⁴; y uno de la Sala I del mismo año, en el que afirmó que como el *“...el consorte de causa del aquí recurrente se desempeñó en la función pública desde el mes de febrero de 2012 al 11 de diciembre de 2015 (...) en dichos lapsos de tiempo el curso de la prescripción se ha visto suspendido conforme lo establece el artículo 67 C.P., previsión legal que afecta, por lo tanto, también a todos lo que han participado del delito cometido”*⁴⁵.

Por su parte, ya en 2019, y en el marco de la causa denominada popularmente como “cuadernos”, ante diversos planteos interpuestos por los empresarios imputados, la Sala I dijo que *“(...) la propia letra de la ley no sólo alcanza -a los fines de la suspensión de los plazos de prescripción- a los funcionarios públicos, sino que claramente la extiende también a todos aquellos que hubieran participado en el ilícito imputado a estos”*⁴⁶; para luego agregar,

⁴³ CCCF, Sala II, causa 6734/2013/19/CA9, 21/10/2017.

⁴⁴ CCCF, Sala II, causa 9309/2017/3/CA1, “Cirigliano Mario F. y otros s/ prescripción”, 21/03/2018.

⁴⁵ CCCF, Sala I, causa 8798/2006/21/CA9, “Balestri Luis Alejo s/ prescripción”, 22/03/2018.

⁴⁶ CCCF, Sala I, causa n° 9608/2018, inc. 242, “De Lassaletta Claudio s/ prescripción”, 25/03/2019.

ya en el 2019, y en el marco del mismo proceso, que como en esa causa se encontraban procesados e imputados “...diversas personas que ejercieron cargos públicos y, que algunas de ellas continúan desempeñándolo en forma ininterrumpida desde el plazo temporal abarcado por el marco fáctico objeto de esta investigación hasta la fecha, como es el caso de Cristina Elizabet Fernández -actual Senadora Nacional-, entre otros, corresponde aplicar lo dispuesto en el párrafo segundo del art. 67 del Código penal de la Nación (...) Respecto al argumento introducido por la defensa en cuanto a que no procede la aplicación de la norma citada en tanto De Lassaletta no revistió cargos públicos, debe descartarse ya que la propia letra de la ley no sólo alcanza -a los fines de la suspensión de los plazos de prescripción- a los funcionarios públicos, sino que claramente la extiende también a todos aquellos que hubieran participado en el ilícito imputado a estos...”⁴⁷ –el resaltado me pertenece-.

Cuanto menos tres tipos de técnicas se utilizaron para justificar el alcance de una norma a lo largo de todos estos años -gramatical, teleológico e historicista y, en cierto punto, también sistemático, al mencionar una presunta igualdad-.

Sin perjuicio de ello, lo expuesto clarifica que los inconvenientes de esta norma no solo comenzaron y terminaron en el Poder Legislativo de la Nación, sino que se extendieron y se profundizaron, al momento de ser aplicada por el Poder Judicial. Quizás un ejemplo de este argumento pueda ser que la justicia se haya acercado a una técnica interpretativa de carácter sistemático para justificar la “igualdad” de los dos tipos de imputados; cuando a esta altura ya sabemos que esa equidad a lo sumo podría surgir desde una óptica gramatical, puesto que, como veremos en el acápite IV.1.b., la igualdad -en términos constitucionales- funciona a la inversa.

2. Alcances de los fallos con relación a los privados

⁴⁷ *Ibídem.*

El corolario de las resoluciones adoptadas por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal evidencia un claro punto en común en la materia. Las dos Salas coinciden en que la excepción establecida en el párrafo segundo del artículo 67 del Código Penal de la Nación tiene como fin impedir la impunidad de los funcionarios públicos.

En definitiva, el sistema judicial se contradice a sí mismo si utiliza un criterio distinto en la práctica con relación al argumento teórico que expone constantemente. Quizás ese sea el motivo por el cual haya intentado recurrir a distintos métodos de interpretación de la ley para intentar justificar su vigencia y aplicación.

Mediante el relevamiento realizado observo tan sólo dos elementos que se extienden un poco más del patrón global, aunque sin estar directamente relacionados al motivo de esta tesis. La Sala I, en el año 2011, realizó un análisis algo vago con relación al rol del particular. En esa ocasión, y en base al párrafo 2º del art. 67 CP dijo que una cuestión era que el privado participara del delito y otra que solo estuviera inmiscuido en el mismo proceso penal pero sin intervenir en el hecho propio del funcionario.

La Sala II, por su parte, solía hacer hincapié en que no cualquier función pública tenía la misma implicancia; es decir, que la capacidad de afectar o no un proceso penal dependía del tipo de cargo que se detentara, puesto que de algunos se puede presumir una mayor capacidad de influencia con relación al curso de la acción.

Así fue que con el correr del tiempo se establecieron dos requisitos elementales para que pudiera operar la limitación. El primero exigía que el representante estatal ejerciera influencia o, cuanto menos, que existiera una presunción de influencia capaz de entorpecer la investigación. El segundo, por su parte, requería una evaluación en cuanto a la existencia de las implicancias de un cambio de función hacia otras reparticiones estatales, de manera tal que se estableciera una diferenciación de roles jerárquicos,

respecto de la relevancia, importancia, y capacidad de obstrucción que pudieran conllevar.

La justicia adquirió cierta tendencia a analizar la situación particular del representante estatal, siempre y cuando su rango conlleva, al menos en un plano formal, una capacidad real de influencia; pero sin que fuera indispensable probar una capacidad efectiva de afectación.

Pese a una exhaustiva búsqueda acerca de sentencias vinculadas directamente con los alcances de los privados dentro de los delitos cometidos en ejercicio de la función pública, tan sólo encontré, de momento, el voto de un juez en el cual se hizo alusión explícita y directa al rol y planteo del particular.

Es que por más recursos que hayan interpuesto las defensas de imputados que no reúnen esa cualidad especial, la jurisprudencia se remitía al cargo, función y desempeño del funcionario público dentro del proceso penal, de manera tal que el particular siempre quedaba sometido.

Recientemente, y hacia el año 2017, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal, a través de uno de sus jueces, sostuvo lo siguiente: *“no podemos más que recordar que la causal de suspensión del curso de la prescripción -anclada en el supuesto “poder del agente de influenciar la investigación”- no corre para los imputados que no revisten o revistieron un cargo público. Ello así, independientemente de que el privado, es decir, el individuo cuyos intereses en definitiva se ven mayormente beneficiados a través de la inacción estatal, tengan en los hechos mejores posibilidades de ejercer la injerencia comprendida por el artículo 67 del Código Penal. Y esa circunstancia, que se traduce en un verdadero derecho de los imputados, subsiste aun frente a un escenario donde la injerencia de los funcionarios comprometidos resulte limitada a la duración y características de su cargo, y la del agente privado abierta al ilimitado mantenimiento de una posición económica dominante, con todas sus derivaciones de importancia. No puede negarse que el estudio demandado por la Ley puede, en algunos casos*

excepcionales, conducirnos al absurdo. En el supuesto de hecho que aquí nos ocupa, es de público y notorio conocimiento que el imputado Charles Barrington Lewis es un empresario de reconocida trayectoria nacional e internacional, accionista de algunas de las empresas más poderosas y relevantes de nuestro país, y amigo personal del actual Presidente de la República Argentina (individuo que, vale aclarar, defendió públicamente al privado imputado -ver nota del diario "La Nación", titulada "Mauricio Macri defendió a Joe Lewis, el millonario inglés propietario de Lago Escondido", del 17 de enero de 2017- y visitó al empresario en la finca situada en las propias tierras que aquí se investigan, mientras la causa penal en ciernes se hallaba en pleno trámite -ver nota del diario "Clarín", titulada "Macri se alojó en el Sur, en la casa de un millonario polémico"-). A pesar de todo, y dado que el Sr. Lewis no ocupa ni ocupó un cargo público en este país, tanto el Juez de primera instancia como el Fiscal de grado, en honor a las disposiciones ya históricas del artículo 67 del Código Penal, al evaluar si en el caso alguno de los inculos tuvo el hipotético poder de "influnciar", "perjudicar" u "obstruir" el ejercicio de la acción penal, llegaron a afirmar la operatividad de la causal de suspensión del curso de la prescripción sobre la exclusiva base de la intervención en los sucesos del Sr. Mayer, por la sola razón de haber percibido entre los años 2000 y 2005 una remuneración proveniente de la Provincia de Río Negro a causa del ejercicio de la docencia pública. Esa problemática, si bien parece merecer un debate en ámbitos distintos al judicial, no alcanza para negar el derecho fundamental del que gozan todas las personas de librarse, con el apoyo de la Ley vigente, de los graves influjos de la persecución penal"⁴⁸ -el subrayado me pertenece-.

Hago hincapié en este precedente porque si bien los demás magistrados votaron por separado, los tres llegaron a la misma conclusión decretando la extinción de la acción penal por prescripción respecto del imputado invocado -entre otros-.

⁴⁸ CCCF, Sala I, causa 11758/2012, "Allende Lisandro s/ prescripción", voto del Dr. Freiler, 30/03/17.

Tal vez este precedente pueda ser un punto de partida de vital importancia para este trabajo; principalmente porque el sistema jurídico actual requiere, cuanto menos, que cada grupo de imputados sea analizado de manera independiente.

3. Algunos fallos de la Cámara Federal de Casación Penal

Ahora bien, el criterio de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal fue respaldado por nuestro máximo órgano a nivel nacional en materia penal. Justamente la Cámara Federal de Casación Penal en distintas ocasiones sostuvo que no cualquier rango público satisfacía el requisito del párrafo segundo del artículo 67 del Código Penal, aunque en otras entendió que resultaba suficiente el hecho de que haya intervenido solo uno con esa cualidad, sin que sea relevante cual fuere.

Sin perjuicio de ello, como colorario más importante en cuanto a este estudio, y más allá del cambio de criterio que pudo enfatizar respecto del agente público, siempre extendió la limitación a los demás imputados. Me refiero, concretamente, a los privados.

Veamos algunos ejemplos que sintetizan esta idea.

En el año 2011 un imputado recurrió en queja a la CFCP luego de que la CCCF le rechazara un recurso; circunstancia en la que la primera entendió que no alcanzaba “...*el mero carácter de funcionario público para que opere la suspensión del curso de la prescripción de la acción penal, pues lo que se procura es que se suspendan dichos términos mientras el funcionario pueda utilizar su influencia con el fin de perjudicar el ejercicio de la acción penal...*”⁴⁹.

Dos años después -2013- sostuvo, en el marco de un planteo de prescripción, que la acción no se encontraba extinguida porque “...*la jerarquía del cargo público que ocupa uno de los imputados justifica la suspensión del curso de la prescripción en la causa y respecto de todos los intervinientes (art. 67 segundo y quinto párrafo CP), en tanto que el cargo que desempeña satisface,*

⁴⁹ CNCP, Sala I, causa n° 13635, “Giulitti Marcos Alberto s/ recurso de queja”, reg. 17446.1, 17/03/11.

objetivamente, el fundamento de posible influencia política que se requiere para suspender el curso de prescripción...”⁵⁰ –el subrayado me pertenece–.

Ese mismo año la Sala I realizó una extensión generalizada y global respecto de todos los imputados, afirmando que *“La suspensión de la prescripción por el carácter de funcionario público de uno de los partícipes, de carácter objetivo, no opera solamente por éstos, sino que también suspende el proceso respecto de los que no lo son”⁵¹ –el subrayado me pertenece–.*

Igualmente, las idas y vueltas dentro del criterio judicial con relación a los funcionarios siempre siguieron latentes. Basta con recordar, a modo de ejemplo, lo resuelto en 2014 en un caso similar por la Sala III de la Cámara Federal de Casación Penal, circunstancia en la que entendió que *“El texto del art. 67, 2do. Párrafo del CP (según ley 25.188) ninguna disquisición efectúa en relación al mayor o menor rango que posea el funcionario de que se trate, según el cual sea o no operativa la cláusula de suspensión del curso de la prescripción que allí se prevé (...)”⁵².*

En aquél entonces también se hacía extensiva la causal para otros imputados, pero siempre que uno de los intervinientes reuniera esa condición especial resaltada por el legislador.

De allí que en un caso se haya resuelto que correspondía revocar *“...la declaración de prescripción de la acción penal si el imputado fue procesado por haber entregado dádivas a un ex funcionario, pues lo que busca evitar el art. 67 CP -según ley 25.188- es que el funcionario, por el solo hecho de ostentar el cargo, obstaculice el accionar de las investigaciones logrando impunidad, para él y para todos los partícipes del hecho...”⁵³.*

⁵⁰ CFCP, Sala IV, causa 15052, “López Alfonsín Marcelo Alberto y otro s/ rec. de casación, reg. 651.13.4, 6/5/13.

⁵¹ CFCP, Sala I, causa 15927, “Pellegrini Rodolfo Carlos s/ recurso de casación”, registro 21826.1, 30/08/13,

⁵² CFCP, Sala III, causa 15334, “Schiper Mariano Gustavo y otro s/ rec. de casación”, registro 611.14.3, 23/04/14.

⁵³ CNCP, Sala IV, causa 14770, “Cirigliano Sergio Claudio s/ recurso de casación”, reg. 744.12.4, 14/05/12.

Ese fallo muestra claramente los alcances de esta excepción, en función de que la CFCP recurre a la situación del funcionario para justificar por qué el particular debe encontrarse sometido al proceso. En definitiva, utiliza al privado como un medio para alcanzar el fin de impedir la impunidad del representante estatal -intento de método de interpretación teleológico de la norma-

A punto tal que un juez podría recaer en una arbitrariedad si solo analiza la situación funcionario público sin referirse al particular que habría intervenido en los hechos.

Todos estos precedentes ponen de resalto que la CFCP, a diferencia de la CCCF, nunca extendió la excepción establecida respecto del funcionario de manera automática, sino que desde un primer momento se abocó a la fuerza y/o rango del cargo público. De ahí que haya hecho alusiones tales como el *“hecho de ostentar el cargo”*, el *“carácter objetivo”* de la función, o *“...el cargo que desempeña satisface, objetivamente...”*, etc.

Desde el punto de vista de las técnicas interpretativas, solo logré apreciar que en una ocasión recurrió al método gramatical, al remitirse directamente al “texto” del art. 67 del CPN. Igualmente, el hecho de que realice una interpretación más restrictiva no implica ningún tipo de avance con relación a la materia de estudio de este trabajo, puesto que nunca logró justificar su incorporación y su estándar igualitario.

Este suceso se ve reflejado en un fallo del año 2016, en el que la Sala II anuló la resolución que dispuso *“...el sobreseimiento (...) toda vez que los jueces han realizado un examen parcializado de la cuestión al omitir dar tratamiento a la posible suspensión de la prescripción de la acción penal por tratar de un hecho presuntamente cometido en el ejercicio de la función pública”*⁵⁴.

⁵⁴ CFCP, Sala II, causa 1487, “Navarro”, reg. 810167, 18/08/16.

En definitiva, no logró vencer el problema legal para realizar una diferenciación jurídica que permitiera explicar por qué los privados debían y deben soportar la misma carga que los funcionarios.

Todos los precedentes invocados, a modo de síntesis, podrían poner en riesgo principios. Muchos de ellos, como veremos, de alcance constitucional, reflejando así la necesidad de un cambio de enfoque y paradigma.

IV. ANÁLISIS CONSTITUCIONAL DE LA EXTENSIÓN A LOS PARTICULARES

Aquella interpretación según la cual la suspensión de la prescripción de los funcionarios públicos se aplica también a los particulares (adoptando los métodos gramatical, teleológico y hasta sistemático de interpretación de la ley por parte de los tribunales, para intentar justificar su aplicación generalizada) puede tener implicancias constitucionales. En función de ello, analizaré a continuación su validez desde esa óptica.

1. Principios constitucionales

La aplicación globalizada de la suspensión de la prescripción con relación a los particulares podría violar los principios de proporcionalidad e igualdad ante la ley. Por tal motivo, y previo a analizar sus alcances concretos, haré una breve introducción teórica en cuanto a la importancia que tienen dentro de un ordenamiento jurídico.

Soy de creer que los principios constitucionales parten de una tesis descriptiva, de modo tal que en las constituciones, y sobre todo en la nuestra, existen normas regulativas que poseen una característica dual: “(...) *la primera es que la acción ordenada en ellos aparece caracterizada mediante términos que remiten a conceptos con fuerte carga valorativa —tales como*

*libertad, igualdad, honor, intimidad personal, libre desarrollo de la personalidad, no discriminación— sin que aparezcan precisadas las propiedades descriptivas que constituirían, en el sentido de Hare, las condiciones de aplicación de tales términos valorativos...La segunda característica saliente de estas normas a las que llamamos principios es que las relaciones de prevalencia entre los mismos —por poner el ejemplo más usual, entre la libertad de expresión o de información y el derecho al honor, o a la intimidad personal— no se encuentran predeterminadas en el texto constitucional. Estas dos características de los principios traen consigo el que la aplicabilidad de los mismos exija la elaboración de concepciones que articulen, entre sí y con el conjunto, cada uno de los aspectos del bien complejo al que apunta cada principio y que establezcan, asimismo, sus relaciones de prioridad con los diferentes aspectos de otros bienes asimismo complejos a los que aluden otros principios (...)*⁵⁵.

Los principios, así, fijan parámetros o guías que permiten justificar y explicar por qué se utiliza el *ius puniendi* mediante normas, tratando de garantizar la convivencia pacífica y política en sociedad.

Así, “...las consecuencias deben ser tenidas en cuenta en la aplicación del derecho, pues las leyes persiguen fines y valores que deben ser realizados (...) Esto aparece explicitado claramente en la referencia que hace la CSJN cuando explica que su misión es “velar por la vigencia real y efectiva de los principios constitucionales...a fin de evitar que la aplicación mecánica e indiscriminada de la norma conduzca a vulnerar derechos fundamentales de la persona y a prescindir de la preocupación por arribar a una decisión objetivamente justa en el caso concreto; lo cual iría en desmedro del propósito de afianzar la justicia enunciado en el Preámbulo de la Constitución nacional...”⁵⁶.

⁵⁵ Ferrajoli Luigi y Manero Juan Ruiz, *Un debate sobre principios constitucionales. “Un diálogo sobre principios constitucionales”*, Palestra Editores, Library Catalog, ISBN 612-4218-19-4, 2014, página 324-325.

⁵⁶ Yacobucci Guillermo, *El sentido de los Principios Penales*, ed. B de F Ltda., Buenos Aires, 2017, p. 85.

Si partimos de esa premisa, los jueces no pueden aplicar de manera generalizada y automática las normas sin tener en cuenta que muchas veces podría generar riesgos concretos en cuanto a los derechos más elementales de una persona. Por eso es que se sostiene que *“Los principios pueden operar en las decisiones judiciales como instrumentos de complementación normativa, interpretación, optimización y justificación (...)”*⁵⁷.

De esa forma, sin criterios proporcionales la intervención del Estado, a través de una sanción y/o limitación normativa, carece de racionalidad y, por ende, del valor justicia por el cual debe velar.

Ahora, si se afecta la proporcionalidad a través de una prolongación ilegítima en el proceso penal, el instituto de la prescripción podría configurar un mecanismo reparador de esa lesión de derechos. Es decir que el instituto que debe salvaguardar los derechos más elementales de un imputado podría funcionar, en este caso, de manera inversa, al ser utilizado para someter al particular con el único pretexto de no desligar al funcionario público. Es decir, con la mera sanción de la norma.

a. Proporcionalidad

Este principio exige, como su nombre lo indica, que haya una proporción entre el ejercicio del poder político, como canalizador de las exigencias de la comunidad, y los derechos fundamentales de los ciudadanos.

Desde esa óptica, el Estado debe respetar las libertades individuales de los imputados, de manera tal que la utilización de la fuerza pública sea lo menos lesiva e intrusiva posible. En función de ello, los mecanismos utilizados deben ser de *ultima ratio*, de manera tal de recurrir a medidas menos restrictivas si resultan igual de eficaces para con los fines propuestos.

⁵⁷ Ibidem, p. 105.

La proporcionalidad de la ley constituye una garantía constitucional que emana de los arts. 28 y 33 de la CN. Así, si el contenido de una norma desnaturaliza garantías elementales de manera desmesurada, podría ser considerada inconstitucional.

La CSJN sostiene que para determinar si una norma es o no constitucional en estos términos, es necesario analizar si existe o no una proporcionalidad entre los fines propios perseguidos por la ley y la consecuente correspondencia con la aplicación al caso concreto.

En esa línea, y en un caso reciente, sostuvo que el principio protege la injerencia abusiva en la intimidad de las personas si no se indican y/o precisan qué factores pueden determinar la posibilidad de recurrir a medios alternativos idóneos menos lesivos, por lo que en ese caso *“...no resultaría proporcional a su nivel de gravedad, el grado de intromisión que en su vida privada sufrirían los imputados...”*⁵⁸

En base a ello, su único fin opera *“...para limitar los excesos del poder punitivo estatal respecto de eventuales transgresores a las leyes...”*⁵⁹

De esa forma, se debe evaluar si existe un correlato entre el interés del legislador -que ya vimos en el punto relacionado a los métodos de interpretación- y los procedimientos escogidos para salvaguardarlo. Un caso adverso podría ser, justamente, la necesidad de que se instalen e instauren otros procedimientos y/o medios para proteger los intereses propios que tanto la misma norma como su consecuente aplicación, intentan revitalizar.

Si partimos de esa premisa, lo que se realiza es un estudio acerca de los medios utilizados en base a los objetivos delimitados. Así, *“...cabe examinar si el medio resulta desproporcionado, es decir, si aunque obtiene el fin perseguido, lo excede; por otro, si el medio guarda alguna relación de*

⁵⁸ CSJN, “Aparicio Patricia”, Fallos 341:150, 27/02/2018

⁵⁹ CSJN, “Pupelis María Cristina”, Fallos 314:424, 14/05/1991.

causalidad con el fin, aunque aquél no sea el único con el que se lo pueda alcanzar...”⁶⁰.

A mi modo de ver, las dos vertientes se aplicarían al caso traído a estudio. La primera porque si el fin del artículo 67 del CPN es impedir la impunidad de los funcionarios públicos mediante el ejercicio abusivo de sus funciones, constituye un exceso establecer la misma limitación al privado, incluso en el caso en que intervenga en sus esferas.

Así, el medio resultaría desproporcionado, porque si bien se podría llegar a alcanzar el fin perseguido al impedir desligar al funcionario del proceso, estaríamos en presencia de un abuso si abarcamos a otro tipo de imputado que nada tiene que ver con el fin propio de la norma.

Por otra parte, el incluir al particular no constituye el único medio disponible para repeler al agente público. No resulta indispensable que se recurra a la suspensión del curso de la prescripción del particular para que se pueda investigar al representante estatal, al haber una gran cantidad de hechos y/o tipos penales que no implican, de por sí, una codelicuencia necesaria.

Si el fin genuino es impedir el exceso del funcionario público... ¿por qué no aplicar, a lo sumo, una restricción mayor respecto de aquél en vez de hacerlo extensivo a los particulares? Si existe un interés por parte del Estado de impedir que sus agentes se abstengan de la ley, y una consecuente necesidad de la población por saber qué actividades ilícitas cometieron sus representantes... ¿por qué pensar que aplicar la restricción al privado podría generar un mayor control con relación al agente público?

Como indiqué, la CSJN hace hincapié en este criterio y sostiene que el principio de proporcionalidad veda la posibilidad de que se produzcan excesos del Estado hacia los individuos; entendiendo que “...la proporcionalidad, en el sentido de “prohibición de exceso”, resulta

⁶⁰ Gelli María Angélica, Constitución de la Nación Argentina comentada y concordada, tomo I, quinta edición, Ed. Thomson Reuters La Ley, 2018, p. 561.

*principalmente significativa para interpretar medidas de injerencia del Estado, tanto en la administración como de los Poderes Legislativo y Judicial (...)*⁶¹.

Además, existen métodos alternativos que pueden llevar a la misma solución buscada por la norma en análisis; y sin violentar tantos derechos.

Desde esa perspectiva, y al haber una clara necesidad de reformular el artículo, realizaré distintas proposiciones que amparen de la mejor forma posible los principios vulnerados.

Primero. Sin la existencia de los representantes estatales, la actual redacción jamás podría existir. Distinto sería el caso inverso, puesto que si no estuviera equiparado en este artículo, su naturaleza seguiría igualmente vigente.

A punto tal que proponer una reforma podría generar, incluso, mayor énfasis e hincapié en quienes en verdad deben responder al respecto. Su redacción actual resulta desproporcionada, fundamentalmente, porque no existe ni puede existir un interés público que extienda esta excepción a los privados si existe la posibilidad concreta y real de separar y escindir sus grados de intervención dentro de los *delitos cometidos en ejercicio de la función pública*.

Una proposición normativa podría implicar diferenciar ambos grupos, en torno a valorar la intervención fáctica del privado en el hecho, de manera tal de evaluar si esa condición social que conlleva la participación del funcionario, alcanza para recriminarle el mismo estándar, teniendo en cuenta las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las que habría actuado.

Tal sería el caso, a modo de ejemplo, de una asociación ilícita (art. 210 del CPN), conformada tanto por representantes estatales como por empresarios, puesto que en ese caso podríamos afirmar, al menos objetivamente, que existe una circunstancia en la que podría darse una igualdad real de status.

⁶¹ CSJN, “Comunidad Indígena Toba La Primavera-Navogoh c/ Formosa”, Fallos:338:837, 15/09/2015

En primer lugar, porque habría una equiparación de roles dentro de la organización, a punto tal que cualquiera de ellos podría desempeñar una función similar dentro de su esquematización. Es decir, pese a su cualidad naturalmente distinta, los dos podrían ser miembros, organizadores o jefes, sin que sea relevante el atributo que los distancia.

Y, en segunda instancia, porque también existiría una equidad en cuanto al factor social aludido. Ello por cuanto mientras que la causal del art. 67 parte de esa premisa, en virtud de la representación de la población por parte del funcionario, y su consecuente intención de impedir la impunidad del hecho, el bien jurídico del art. 210 nos habla de la tranquilidad social y de la seguridad pública.

Otra proposición podría ser partir de una base procesal (esto es, si en verdad resultan capaces de influir o afectar el curso de la investigación en particular), y no fáctica, aunque siempre en un contexto donde la comunidad podría verse dañada.

Un ejemplo de estas características sería que el privado ofrezca un soborno a un funcionario público, se inicie un expediente judicial, la dádiva no se llegue a entregar y en aquél entonces los agentes públicos decidan desviar el curso de un proceso administrativo hacia otro extremo, a punto tal de confundir y/o disipar la maniobra inicial, influyendo y obstruyendo el descubrimiento de la verdad.

En esa línea, y *“...teniendo en cuenta que la admisión de dádivas requiere que alguien la ofrezca o presente, se trata de un hecho criminal único, aunque con distintas significaciones jurídico penales, las que no obstan a la conclusión de que el hecho atribuido al funcionario público tiene como necesario correlato el hecho imputado al particular (...)”*⁶².

En ese caso podría existir una presunción fundada de que tanto el funcionario como el particular podrían incidir en el trámite de la causa, puesto que aún se encontraría latente el procedimiento administrativo

⁶² CNCP, Sala IV, causa 14770, Cirigliano Sergio s/ recurso de casación”, reg. 744.12.4, 14/05/12.

irregularmente dirigido para beneficiar al grupo económico representado por el privado imputado.

Una diferenciación que se podría realizar podría ser efectuando un paralelismo con la imposición de una medida cautelar, de manera tal de fijar un plazo similar al que existe actualmente para las prisiones preventivas (dos años, prorrogables por uno más, conforme establece el artículo 1 de la ley 25.430) en tenor de su “simetría” con el entorpecimiento de la investigación.

Sin perjuicio de ello, lo cierto es que la imposición de un límite temporal no haría otra cosa más que desnaturalizar la propia excepción, en función de que en ningún momento se intenta equiparar la suspensión de la acción con una medida cautelar, pese a tener una aplicación similar, en términos prácticos.

Otra alternativa podría ser aplicar la suspensión sólo para los representantes estatales, lo que podría dejar en evidencia y justificar con más fuerza la legitimación que le da nacimiento a esta restricción. Es decir, su carácter social y su deber específico para con la comunidad que ellos mismos representan y, en cierto punto, defraudan.

En definitiva, y para sintetizar la idea. En un sistema republicano y constitucional no puede ser legítimo dar por sentado que la condición de funcionario público nacional es tan jerárquica como para castigar al privado por el sólo hecho de obtener un beneficio procesal hipotético a costa de otro.

La norma se refiere a los *delitos cometidos en el ejercicio de la función pública*, por lo que una posibilidad también podría sostener que tanto el agente público como el particular deben participar dentro del mismo tipo penal. Sin perjuicio de ello, lo cierto es que dentro del *iter criminis* de un hecho, ambos pueden intervenir desde diferentes ópticas, de manera tal que en verdad les correspondan distintas figuras. Esta variante, a modo de ejemplo, nunca fue regulada ni clarificada por el Poder Legislativo, como así tampoco analizada ni contemplada por el Poder Judicial.

El funcionario siempre se va a encontrar en una situación más fácil para intervenir en un proceso penal, pero el privado no. No obstante, se lo castiga igual.

Como dice la Dra. María Angélica Gelli *“La aplicación de la Constitución Nacional requiere la interpretación del alcance de sus normas...Corresponde efectuar esa interpretación, en primer lugar, al Congreso de la Nación, quien constituye el órgano atribuido para reglamentar los derechos y garantías constitucionales. No obstante, en casos de ausencia legal, de oscuridad o indeterminación de esas normas (...) son los magistrados judiciales quienes, en los casos concretos, definen los bordes y “consistencia del derecho alegado o de los derechos alegados (...) Los métodos interpretativos que parten de una jerarquía de derechos fundamentales o del balance o ponderación entre intereses públicos y privados, fueron sometidos a una interesante crítica en la que señalaron las inconsistencias y fisuras de aquellos métodos...En esta línea, Serna y Toller proponen la opción interpretativa que -partiendo del carácter normativo directo de toda la Constitución- haga compatible internamente todo su contenido, como un sistema que aquella es, en la búsqueda del contenido esencial de cada derecho...”*⁶³

En virtud de lo expuesto, y al considerar que la forma en la que está redactado el párrafo 2° del artículo 67 del CPN infringe el principio de proporcionalidad, entiendo que debe ser reformulado, mediante la sanción de una nueva norma que permita salvaguardar los derechos más elementales del privado.

b. Igualdad ante la ley

El principio de igualdad ante la ley (artículo 16 de la CN; art. II de la DADDH; art. 24 de la CADH; art. 7 de la DUDH; art. 2.3 del PIDESC; y art. 26 del PIDCP) refieren que en igualdad de circunstancias y condiciones se debe aplicar la misma ley a todos los habitantes de la nación.

⁶³ Gelli María Angélica, Ob. Cit., p. 116-117.

Como sostiene nuestro máximo tribunal, *“(...) el principio de igualdad (...) en general, se ha interpretado como principio de no discriminación en el sentido de que todas las personas deben ser tratadas de igual manera cuando estén en las mismas circunstancias...”*⁶⁴

Sin embargo, y más allá de su concepto, su alcance no es absoluto, en función de que en nuestro derecho existen restricciones de carácter funcional.

Esa situación no implica una identidad de sanciones entre distintos tipos de personas; mucho menos entre aquellas que poseen características naturales diferentes. Así, se parte de la premisa de que existe una igualdad entre iguales y no una equiparación globalizada entre todas las personas.

Así es que *“Cuando el ordenamiento jurídico parte de la igualdad de todas las personas no sienta la absurda máxima de que todas las personas sean realmente iguales, sino que ordena que los hombres deben recibir un igual trato ante la ley”*⁶⁵.

El trato igualitario de las personas debe ir en simetría con las circunstancias propias de cada grupo de personas. Como sostiene el Dr. Zaffaroni, *“La garantía de igualdad significa que todas las personas sujetas a una legislación determinada dentro del territorio de la Nación sean tratadas del mismo modo, siempre que se encuentren en idénticas circunstancias y condiciones...”*⁶⁶.

La igualdad real implica que no se pueden establecer excepciones o privilegios que excluyan a unos de lo que en iguales circunstancias se concede a otros, debiendo prevalecer, siempre, los alcances del principio, que son los siguientes: *“...a) la igualdad exige que se trate del mismo modo a quienes se encuentran en iguales situaciones; b) la igualdad*

⁶⁴ CSJN, “Castillo Carina Viviana c/ prov. Salta s/ amparo”, Fallos:340:1795, 12/12/2017.

⁶⁵ Roxin Claus, *Derecho Penal Parte General*, Tomo I, traducción de la 2da ed. alemana, ed. Civitas, 2000, p. 808.

⁶⁶ Zaffaroni Raúl Eugenio, *Tratado de Derecho Penal Parte General*, Tomo I, ed. Ediar, Bs. As., 1998, p. 198.

implica el derecho a que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a unos de lo que se concede a otros en iguales circunstancias; c) la regla de igualdad no es absoluta, ni obliga al legislador a cerrar los ojos ante la diversidad de circunstancias (...); d) la razonabilidad es la pauta para ponderar la medida de la igualdad, con lo que queda entendido que el legislador puede crear categorías, grupos o clasificaciones que irroguen trato diferente entre los habitantes, a condición de que el criterio empleado para discriminar sea razonable; e) las únicas desigualdades inconstitucionales son las arbitrarias, que son las que carecen de toda razonabilidad (...) El distinto tratamiento debe fundarse en una objetiva razón de discriminación...”⁶⁷.

Si seguimos este modelo, la norma podría infringir la igualdad ante la ley porque se estaría tratando de la misma forma a dos personas que son naturalmente distintas (un mero individuo frente a un agente que posee una representación pública).

En esa línea, nuestro máximo tribunal sostiene que “...la garantía de igualdad ante la ley radica en consagrar un trato legal igualitario a quienes se hallan en una razonable igualdad de circunstancias (...) lo que no impide que el legislador contemple de manera distinta situaciones que considere diferentes, en la medida en que dichas distinciones no se formulen con criterios arbitrarios, de indebido favor o desfavor, privilegio o inferioridad personal o clase, ni importen ilegítima persecución de personas o grupos de ellas (...)”⁶⁸.

El punto es que esta norma coloca en un plano de igualdad a los funcionarios y a quienes carecen de esa posibilidad de utilizar el aparato estatal para evitar una eventual sanción punitiva. Si bien podría ser clara desde ese punto de vista, el problema se traslada también a la justicia, puesto que los jueces entienden que no es función de ellos examinar la voluntad del legislador cuando entienden que el texto de la norma es claro.

⁶⁷ CNCP, Sala III, causa 2352, “Maidana González Isidro Baltazar s/ recurso de casación”, reg. 627.99.3, 17/11/99.

⁶⁸ CSJN, “García María Isabel c/ AFIP”, Fallos 342:411, 26/3/2019.

Ahora, su aplicación pareciera contrariar el principio de igualdad, en tenor de que en verdad funciona a la inversa. No tiende a elevar el estándar a un tipo de persona para equiparlo a quien posee una función, sino todo lo contrario, los diferencia de forma tal que deberían recibir un trato distinto acorde al rol que detentan.

La igualdad formal que surge desde un plano dogmático debe ser correlativa con la igualdad material, es decir, entre los ciudadanos. *“Así, su contenido se plasma en la obligación de tratar de modo igual a los materialmente iguales y de modo desigual a los materialmente desiguales, aspecto éste último de especial importancia en el contexto en que nos movemos...”*⁶⁹.

Si bien es cierto que la interpretación judicial de los alcances del artículo 67 del CPN mutó con el transcurso del tiempo, siempre lo hizo en base a los alcances de la intervención del funcionario público. Me refiero, particularmente, a si poseía una representación nacional o local, si su rango era o no lo suficientemente jerárquico como para poder incidir en el proceso, si esa capacidad bastaba en términos abstractos o efectivos para influenciar su curso, etc.

Todos los ejemplos dejan entrever, una vez más, que el privado fue abarcado por la excepción sin un fin genuino, válido y legal que lo respaldara; aspecto que conlleva, de por sí, su clara diferenciación en cuanto a su rol natural distante de las esferas públicas. Más aún si tengo en cuenta que ninguno de los métodos de interpretación aludidos anteriormente logran respaldarlo.

En línea con esta definición me encuentro en condiciones de afirmar, una vez más, que los dos tipos de imputados no se encuentran en las mismas circunstancias, por lo que el legislador jamás debería haber tratado a ambos de la misma forma, aplicándoles la misma restricción de derechos.

⁶⁹ Silvia Sánchez Jesús María, *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*, ed. José María Bosch, España, Barcelona, 1992, p. 261/262.

Por eso entiendo, cada vez con más convicción, que la presencia del privado dentro de esta reglamentación es totalmente arbitraria. El legislador debería haber contemplado una diferenciación explícita entre ambos o, al menos, haberla estipulado solamente para quien posee una cualidad especial.

2. Puntos de conexión entre los dos principios

Para examinar si una norma es proporcional, desde un marco de igualdad, se debe determinar si los dos tipos de imputados poseen los mismos derechos y obligaciones. Es decir, si pese a la existencia de dos categorizaciones ambos deben velar por los mismos derechos y soportar, en simultáneo, las mismas cargas.

En el caso particular resulta claro que no deben sufrir las mismas represalias jurídicas. Al no ser iguales es que la norma se vuelve totalmente desproporcionada.

En definitiva, si una ley viola el principio de igualdad al no ser proporcional y, en cierto punto, injustificada... ¿podríamos hablar de una sentencia justa, en el caso hipotético en que la acción en verdad estaría extinguida por la causal de prescripción respecto de los particulares?

Es que si bien son dos situaciones netamente diferentes, se pueden realizar distinciones, pero únicamente cuando existan razones objetivas que permitan separarlas de manera justificada. En el caso traído a estudio, los legisladores y luego los jueces, nunca examinaron el criterio de equiparación de status entre ambos grupos de imputados.

Una vez aclarada esta cuestión, corresponde recordar que examinar el fin de la ley con relación al criterio de selección de las categorías, es lo que permite averiguar si podemos recurrir a otros medios que resulten adecuados, para cumplir con el mismo objetivo. Como dice la Dra. Gelli, siempre que *“...no implique negar a unos lo que se acuerda a otros...”* para

“...luego, ponderar hacia adentro de la categoría para determinar si la restricción al derecho es proporcional al interés estatal tutelado...”⁷⁰.

Estos argumentos se aplican exactamente al caso traído a estudio en esta tesis, en tenor de que resulta claro que restringir los derechos individuales de los particulares por causas ajenas a sus participaciones resultan desproporcionales con relación al interés estatal para con ellos y, en simultáneo, sin respaldo interpretativo válido en términos jurídicos.

Como sostiene Jesús María Silva Sánchez *“El principio de igualdad, que puede estimarse íntimamente vinculado con el de respeto a la dignidad humana, tiene, en conexión con el principio de proporcionalidad, importantes repercusiones en todo el sistema. En particular, contribuye a conformar el contenido del principio de culpabilidad”⁷¹.*

No por nada la CSJN sostiene, en base a los dos principios, que los derechos de una persona se ven seriamente afectados y restringidos si el Estado lo castiga sin tener la intención directa de hacerlo. Ello por cuanto, a su entender, *“...tanto el principio de proporcionalidad como el propósito de respetar el principio de igualdad...se ven seriamente comprometidos debido a que se muestra como irrazonable que una persona, a la que el Estado no quiere castigar, se vea afectada en sus derechos en una medida mayor de la que le hubiese correspondido...”⁷².*

Justamente es lo que pasa en este caso en particular. Se sanciona una ley bajo el amparo de impedir la impunidad del funcionario, de manera tal que el Poder Legislativo abarca, en abstracto, a otro imputado, cuando en cierto punto nunca lo quiere reprimir. Como consecuencia, sufre una alteración y restricción directa de sus derechos, sin tener injerencia ni posibilidad de mutar personalmente ese estado de excepción permanente.

Ahora, si existe una inequidad manifiesta y un apartamiento írrito del principio de igualdad, el juicio vinculado a la proporcionalidad de la

⁷⁰ Gelli María Angélica, Ob. Cit., p. 338.

⁷¹ Silva Sánchez Jesús María, Ob. Cit., p. 262.

⁷² CSJN, “R.M.J. s/ insania”, Fallos 331:211, 19/02/2008.

sanción –en este caso, la inmersión al proceso de manera indefinida, sabiendo de los riesgos y cargas que ello conlleva-, no solo recae en la sanción de una ley como medio de competencia exclusiva del legislador, sino que los tribunales también están obligados analizar y juzgar sus alcances.

V. CONCLUSIÓN

El análisis realizado en este trabajo me permite afirmar que la excepción establecida en el 2º párrafo del art. 67 del Código Penal de la Nación -en cuanto extiende la suspensión de la prescripción de los funcionarios públicos a los particulares-, es inconstitucional, en función de que viola, manifiestamente, los principios de proporcionalidad (arts. 28 y 33 de la CN) y de igualdad ante la ley (art. 16 de la CN; art. II de la DADDH; art. 24 de la CADH; art. 7 de la DUDH; art. 2.3 del PIDESC; y art. 26 del PIDCP).

El 2º párrafo del art. 67 del CPN fue implementado con el único fin de impedir la impunidad de los funcionarios públicos, prohibiendo que ellos abusaran de sus funciones y/o sus cargos de manera tal que el Estado se viera vedado de investigar y descubrir los hechos a ellos imputados.

La norma que estipuló esta excepción evitó, desde un primer momento, diferenciar dos tipos de imputados concretos (funcionarios y particulares), violando así la igualdad ante la ley. Si este principio es uno de los pilares fundamentales de los valores republicanos, y el actual artículo 16 de la CN refiere que las normas deben garantizar la máxima igualdad en iguales circunstancias, resulta evidente que la redacción del art. 67 del CP, 2º párrafo, lo vulnera de manera explícita.

La forma en la cual está formulado también evidencia la falta de correspondencia entre las restricciones que padecen los imputados privados y el ejercicio del poder público.

A mi entender, resulta totalmente desproporcionada la sanción que recibe el particular en estos casos (sujeción indefinida al proceso, transformada en un riesgo y deber constante de soportar todo tipo

limitaciones a sus derechos) y un delito que se encuentra estrictamente vinculado al ejercicio de la función pública.

Así, teniendo en cuenta que los delitos aludidos en el actual art. 67 tiene una esencia pública, el privado se ve inmerso en una investigación sin que importe su situación personal; debiendo atravesar distintas afectaciones por cuestiones de hecho y de derecho que le exceden totalmente.

En miras de estos lineamientos, como consecuencia de la extensión ilegítima del proceso en lo que al particular se refiere, debe sufrir un daño que se torna totalmente irreparable.

Actualmente la proporcionalidad no sólo se refiere a la expectativa de la pena sino también a la extensión de la investigación. Por ello es que sostengo que el hecho de que el procedimiento se prolongue en el tiempo por responsabilidad exclusiva de la justicia o del órgano estatal, genera una clara lesión a las libertades individuales de los imputados particulares.

No podemos obviar, como expuse, que existen métodos alternativos que permiten generar menos afectaciones a las garantías de esta clase de imputado.

El segundo párrafo del art. 67 del Código Penal de la Nación, según la interpretación que sostiene que él se aplica también a los privados, es inconstitucional. Su estipulación con relación a esta clase no conlleva ningún interés estatal legítimo, por lo que la excepción, así como está estipulada, debería suprimirse; o cuanto menos realizarse alguna distinción en cuanto al contexto y a las esferas públicas vinculadas a su ámbito de intervención.