

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA
PODER JUDICIAL MENDOZA

CUIJ: 13-05418979-0/1((038601-79691))

INCIDENTE POR SOLICITUD DE SOBRESEIMIENTO POR PRESCRIPCIÓN
EN EXPETES N° P-79691/15 Y P-104366/14 EN FAVOR DE SALGADO
SERGIO HERNAN (79691) (104366) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN



En Mendoza, a los catorce días del mes de junio del año dos mil veintidós, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° **13-05418979-0/1** caratulada «**INC. POR SOLICITUD DE SOBRESEIMIENTO POR PRESCRIPCIÓN EN EXPETES N° P-79691/15 Y P-104366/14 EN FAVOR DE SALGADO ARAUJO, SERGIO HERNÁN S/ CASACIÓN**».

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa: primero, **DRA. MARÍA TERESA DAY**, segundo **DRA. SILVINA MIQUEL**, y tercero **DRA. GLADYS MARSALA**.

El Fiscal en Jefe de la Unidad Fiscal de Delitos Económicos interpone recurso de casación (fs. 25/30 vta.) contra la sentencia de sobreseimiento N° 2.092, en tanto declaró la extinción de la acción penal por prescripción en las causas N° P-104.366/14 caratulada «*F. c/ SALGADO SERGIO HERNÁN p/ MALVERSACIÓN DE CAUDALES PÚBLICOS*» y N° P-79.691/15 caratulada «*F. c/ SALGADO SERGIO HERNÁN P/ DESOBEDIENCIA*», y sobreseyó en forma definitiva e irrevocablemente los procesos a favor del nombrado, en los que se le atribuían los delitos de malversación de caudales públicos (arts. 260, 62 y 67 Cód. Penal, 352, 353 inc. 4 CPP) y desobediencia (arts. 239, 62 y 67 Cód. Penal, 352, 353 inc. 4 CPP), pronunciamiento dictado por el Tribunal Penal Colegiado N° 1 de la Tercera Circunscripción Judicial.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, LA DRA. MARÍA TERESA DAY, DIJO:

1.- Resolución recurrida

La sentencia impugnada declara extinguida la acción penal por prescripción en las causas N° P-104.366/14 caratulada “F c/ SALGADO SERGIO HERNÁN p/ MALVERSACIÓN DE CAUDALES PÚBLICOS” y N° P-79.691/15 caratulada “F C/ SALGADO SERGIO HERNÁN P/ DESOBEDIENCIA”, por haber transcurrido el plazo requerido a esos efectos por la ley, a partir del dictado de la sentencia condenatoria, emanada del mismo tribunal. En consecuencia, se resuelve sobreseer en forma definitiva e irrevocable ambos procesos en favor del nombrado, en los que se le atribuían los delitos de malversación de caudales públicos (arts. 260, 62 y 67 Cód. Penal, 352, 353 inc. 4 CPP) y desobediencia (arts. 239, 62 y 67 Cód. Penal, 352, 353 inc. 4 CPP).

2.- Recurso de casación

El Fiscal se agravia porque en la resolución objetada se incurrió en una errónea aplicación de la ley sustantiva, por lo que pide que su casación.

Agrega que se interpretó literalmente el sexto párrafo del art 67 del Cód. Penal, mediante una aplicación mecánica de la ley, en el marco de un excesivo formalismo legal.

Señala que, de esa forma, no se valoraron factores normativos de orden constitucional, soslayando que la Constitución Nacional incorpora declaraciones y tratados internacionales sobre derechos humanos, que en parte transcribe.

Aduce que no se consideró el deber que les corresponde a los jueces de sancionar los actos de corrupción pública, no ponderándose principios

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA
PODER JUDICIAL MENDOZA

propios de los derechos humanos.

También, que se interpretó sesgadamente el concepto de plazo razonable, que se encuentra ligado al instituto de la prescripción, omitiendo valorar el comportamiento del defensor del imputado y la complejidad del control en casación del fallo condenatorio.

3.- Dictamen del señor Procurador General

A fs. 38 se expide el Procurador General quien mantiene en esta instancia el recurso de casación interpuesto por el señor Fiscal Jefe de la Unidad Fiscal de Delitos Económicos contra la sentencia de sobreseimiento impugnada.

3.- La solución del caso

De acuerdo con lo que se analizará en lo que sigue, considero que el recurso de casación promovido por el representante del Ministerio Público Fiscal debe ser admitido.

Como se explicará, la solución adelantada se justifica al verificar que la sentencia emitida por el tribunal de la instancia anterior, en cuanto resuelve declarar la extinción de la acción penal por haber operado el plazo de prescripción (art. 62 y 67 del Código Penal, y arts. 352 y 353 inc. 4 del Código Procesal Penal), respecto de algunos de los delitos por los cuales Sergio Hernán Salgado resultó previamente condenado mediante sentencia n° 68 emitida por el Tribunal Penal Colegiado N° 1 de la Tercera Circunscripción Judicial, que a su vez fue confirmada por esta Sala Segunda –con diversa integración– en autos N° 13-04395826-1/1, resulta arbitraria.

Ello por cuanto, en ambos casos, los hechos que conformaron los objetos procesales de esas causas, y que fuera jurídicamente tipificados en las figuras penales de malversación de caudales públicos en la causa n° P-104.366/14, y de desobediencia en la causa P-79.691/15, resultan ser la manifestación en el Código Penal del delito cuya fuente directa es la propia Constitución Nacional

–art. 36 quinto párrafo–. Por lo tanto, a diferencia de lo que entendió y juzgó el tribunal inferior, el régimen de prescripción de la acción (regulado en los arts. 59 inc. 3, 62 y 67 del Código Penal) resulta inaplicable a los hechos de la causa, porque la acción penal correspondiente a ellos es constitucionalmente imprescriptible.

En efecto, en ambas causas cuya suerte judicial selló el tribunal impugnado al resolver del modo en que lo hizo, se ventilaron comportamientos delictivos que presentan una serie de características típicas que inciden notablemente en el tratamiento jurídico-procesal de ellos, las que quedaron excluidas de toda consideración en el análisis jurisdiccional materializado en la sentencia de sobreseimiento impugnada por el representante del Ministerio Público Fiscal.

Se trata de comportamientos que deben ser incluidos dentro de un específico universo de ilícitos que presentan una fuente constitucional expresa y directa, y una específica regulación no sólo en el ámbito local, sino especialmente en el orden internacional, del cual la República Argentina es parte.

En ese orden, no puede soslayarse el contenido del mentado art. 36 de la Constitución Nacional, específicamente en su quinto párrafo. Tampoco los principios, fines y objetivos que se desprenden tanto de las convenciones internacionales que nuestro país ha suscripto y ratificado en materia de lucha contra la corrupción, como asimismo, las resoluciones y decisiones adoptadas en la materia dentro del sistema interamericano, como seguidamente se detallará.

Como consecuencia de ello, la calificación penal bajo la cual resultaron tipificados esos comportamientos criminosos, los ubica dentro del elenco de delitos contemplados en el título XI del Código Penal –“Delitos contra la Administración Pública”–, comúnmente mencionados como «delitos de corrupción».

El resultado de esa operación de subsunción normativa –tipicidad

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA
PODER JUDICIAL MENDOZA

penal– determina que su abordaje jurisdiccional no pueda prescindir de aquellos preceptos de orden constitucional y convencional que aparecen implicados y vigentes en la materia, en cuanto regulan aspectos vinculados específicamente con la vigencia de la acción penal que emerge de ellos.

De acuerdo con ello, la referida arbitrariedad del fallo bajo revisión se presenta porque, al decidir de tal modo, el tribunal de la instancia anterior se apartó del ordenamiento jurídico aplicable para resolver el caso, valiéndose únicamente en su defecto, de las normas sustanciales que regulan penalmente el instituto de la prescripción de la acción penal, lo que desconoce la especial naturaleza criminal de los hechos intimados al acusado en las referidas actuaciones.

Por lo tanto, esa aludida caracterización de los hechos respecto de los cuales extendió su decisión el tribunal de la instancia anterior, quien dispuso el sobreseimiento del acusado por haber operado la extinción de la acción penal en ambos casos por prescripción, debió ser reconocida y advertida por sus integrantes al tiempo de emitir una decisión sobre la materia puesta en su conocimiento y, en su caso, resolver el caso de acuerdo con los estándares jurídicos constitucionales y convencionales vigentes.

Advierto que aquí se encuentra el motivo sustancial que determina la nulidad de la resolución bajo examen y que amerita su descalificación como acto jurisdiccional válido. Pues, a mi modo de ver, no existe mayor inconveniente que impida observar que, si el tribunal de sentencia hubiera considerado adecuadamente la naturaleza los hechos enrostrados al condenado, junto con las consecuencias legales que se derivan de su calificación legal como delitos contra la administración pública (arts. 239 y 260 del Código Penal), y hubiera aplicado –como correspondía– la normativa constitucional y convencional correspondiente, nunca habría podido disponer la prescripción de las respectivas acciones penales. Básicamente, y como se dijo, porque se trata de delitos constitucionales cuyas acciones para canalizar la pretensión acusatoria son imprescriptibles.

Por ello, en lo que sigue, y bajo la pretensión de exponer adecuada y prolijamente los motivos que sustentan la posición que propicio al acuerdo, realizaré una serie de consideraciones sobre la temática en cuestión, que servirán de marco conceptual para el análisis jurisdiccional que reclama la resolución de la vía impugnativa bajo examen. Seguidamente, expondré aquellos argumentos por los cuales considero que los actos de corrupción –de cuya naturaleza participan los objetos procesales de las causas sobre las cuales se pronunció el tribunal de origen en la resolución atacada por el representante del Ministerio Público Fiscal– no se encuentran sujetos a las disposiciones de prescripción del Código Penal, por expresa disposición constitucional. Veamos.

a.- En una primera aproximación a la temática bajo estudio, como lo anticipara, debo señalar que los hechos por los cuales resultó condenado el acusado Salgado, y sobre los cuales resolvió el tribunal de la instancia anterior la extinción de la acción penal por prescripción, participan de una caracterización fenomenológica criminal especial y diferencial de la mayoría de los delitos previstos en el Código Penal. Ello en tanto, en ambos casos, se trata de conductas que han implicado **actos de corrupción**, los que pueden ser definidos genéricamente como aquellos que conllevan un indebido uso que el funcionario público le da a su tarea dentro del Estado, ya sea en la actividad económica como en el mandato jurídico y político –según el caso–, y que pueden ser en beneficio propio como de terceros.

Al respecto, enseña Dölling que el núcleo de la corrupción significa que una persona, que tiene un deber concreto de desempeñar un cargo, realiza, ya sea por acción o por omisión, en el ámbito de su función o de su competencia, «*acciones ilícitas*» en su provecho o de terceros. De esta forma utiliza su posición de poder para alcanzar el beneficio antes mencionado. En consecuencia, y esto es importante remarcar, tal sujeto –el funcionario público– ya no cumple con los fines de la organización en la cual la sociedad confía, sino que le produce un daño (DÖLLING, Dieter, *Handbuch de Korriptionsprävention*, Verlag C.H. Beck,

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA
PODER JUDICIAL MENDOZA

München, 2007, pág. 2/3, nm. 1-2, ob cit. en DONNA, Edgardo Alberto, *Delitos contra la administración pública, Tercera edición ampliada y actualizada con las leyes 26.683 y 27.401*, Ed. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2.018, pág. 26).

Esa caracterización de los actos de corrupción, de la que participan ineludiblemente los hechos delictuosos que fueron objeto de investigación, juzgamiento y condena en las causas judiciales que ulteriormente fueron motivo de la decisión jurisdiccional aquí impugnada, en tanto delitos cometidos por un funcionario público electo por el voto popular –intendente del departamento de Santa Rosa–, en ejercicio de su función pública, y contra la administración pública, da cuenta de un fenómeno particular que tiene previsiones normativas de orden supranacional, y que ha sido abordado también, por la jurisprudencia dentro de ese ámbito.

En primer lugar, debe señalarse que nuestro país forma parte de los Estados que aprobaron la Convención Interamericana contra la Corrupción de la Organización de los Estados Americanos –adoptada por la O.E.A. el 29 de marzo de 1996 y aprobada por la República Argentina mediante la ley 24.759, promulgada el 13 de enero de 1997–. Por su parte, la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción –aprobada por Resolución 58/4 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de fecha 31 de octubre de 2003, suscripta en Mérida, México el 10 de diciembre del mismo año– fue aprobada por la República Argentina mediante la ley 26.097, promulgada el 6 de junio de 2006. Finalmente, también ratificó la Convención sobre la Lucha contra el Cohecho de los Funcionarios Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales –adoptada por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico el 21 de noviembre de 1997 y aprobada por la República Argentina mediante Ley 25.319, promulgada el 6 de octubre de 2000–.

De estos instrumentos, considero relevante destacar que tanto la Convención Interamericana contra la Corrupción de la Organización de los Estados Americanos como la Convención de las Naciones Unidas contra la

Corrupción, incluyen, entre sus propósitos fundamentales, la promoción de los Estados Partes de todas las medidas que resulten necesarias tanto para *combatir* eficaz y eficientemente la corrupción, como para *sancionar* los actos de corrupción realizados en el ejercicio de las funciones públicas, específicamente mencionados en su contenido.

Fines que se aprecian desde el Preámbulo que antecede el articulado de ambos instrumentos, cuyos fragmentos resultan ciertamente importantes de mencionar, dado no sólo por el valor que surge de su enunciación, sino primordialmente por resultar el fundamento mismo de cada uno de los deberes convencionales asumidos por los Estados Partes.

Por un lado, el Preámbulo de la Convención Interamericana reconoce principalmente que «[...] *la corrupción socava la legitimidad de las instituciones públicas, atenta contra la sociedad, el orden moral y la justicia, así como contra el desarrollo integral de los pueblos*», que «[l]a *democracia representativa, condición indispensable para la estabilidad, la paz y el desarrollo de la región, exige combatir toda forma de corrupción en el ejercicio de las funciones públicas, así como los actos de corrupción específicamente vinculados con tal ejercicio*»; que «*el combate contra la corrupción fortalece las instituciones democráticas, evita distorsiones de la economía, vicios en la gestión pública y el deterioro de la moral social*», que «[l]a *corrupción tiene, en algunos casos, trascendencia internacional, lo cual exige una acción coordinada de los Estados para combatirla eficazmente*», y que «[p]ara *combatir la corrupción es responsabilidad de los Estados la erradicación de la impunidad [...]*».

A partir de tal declaración, los países de América suscribieron esta Convención que busca, en lo esencial, establecer relaciones internacionales de asistencia y cooperación en la lucha contra la corrupción. De allí surgen obligaciones nacionales para cumplir con los compromisos internacionalmente asumidos. Los países deberán tomar medidas preventivas, como la implementación de normas de conducta para los funcionarios públicos y sobre el

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA
PODER JUDICIAL MENDOZA

uso adecuado de recursos, sistemas de declaración de ingresos, sistemas de contratación de funcionarios públicos y para la adquisición de bienes y servicio por parte del Estado, control de ingresos del Estado, leyes que eliminen los beneficios tributarios, así como también, sistemas para proteger a los funcionarios y particulares que denuncien actos de corrupción, entre otras medidas.

Por otro lado, aquellas enunciaciones se replican esencialmente en el Preámbulo de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, donde se observa que la particular preocupación de los Estados Partes al suscribir ese instrumento, está centrada con *«[l]a gravedad de los problemas y las amenazas que plantea la corrupción para la estabilidad y seguridad de las sociedades al socavar las instituciones y los valores de la democracia, la ética y la justicia y al comprometer el desarrollo sostenible y el imperio de la ley [...]»*, y su convencimiento acerca de que *«[e]l enriquecimiento personal ilícito puede ser particularmente nocivo para las instituciones democráticas, las economías nacionales y el imperio de la ley»*, entre otras.

El eje político-criminal que anima la regulación que las Naciones Unidas han diseñado se orienta, principalmente, en impedir el aprovechamiento económico por sí o por terceros de los efectos de la corrupción; efectos que pueden consistir en la sustracción de activos provenientes –en sentido amplio– de cualquier clase de tesorería o caja pública.

Estos propósitos, por lógica, encuentran expresión normativa a través del articulado de ambos instrumentos convencionales. Así, mientras en el art. II.1 de la Convención Interamericana contra la Corrupción de la Organización de los Estados Americanos se expresa que los Estados Parte deben *«[p]romover y fortalecer el desarrollo, por cada uno de los Estados Partes, de los mecanismos necesarios para prevenir, detectar, sancionar y erradicar la corrupción [...]»*, lo propio ocurre en la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción cuando, en su art. 1 inc. “a”, se prevé como finalidad *«[p]romover y fortalecer las medidas para prevenir y combatir eficaz y eficientemente la corrupción [...]»*.

Finalmente, resta mencionar que la Convención Interamericana enumera los actos a ser considerados «de corrupción», y, por lo tanto, a ser reprimidos localmente por los Estados. En nuestro Derecho, esa tipificación se encuentra vigente en las conductas catalogadas como actos de corrupción, principalmente en los arts. 174 inc. 5, 256, 258, 265 y 266 del Código Penal. Mientras que, respecto de las conductas perseguidas como el soborno transnacional, es equiparable a la prevista en el art 258 bis, y el enriquecimiento ilícito, similar al establecido en el art 268 (2) de nuestro Código Penal.

Con lo cual, el reconocimiento de estos ordenamientos del orden supranacional es de gran importancia porque, de tolerar prácticas contrarias a tales preceptos, de manera tal de no disponer de todos los mecanismos legales que se estimen convenientes y conducentes para los fines propuestos, se estarían desconociendo los compromisos asumidos por el Estado Argentino en la materia. Ello, claro está, siempre que se respete el derecho interno de nuestra Nación, en particular, los principios y garantías judiciales y del debido proceso legal.

En segundo lugar, en forma paralela a esas convenciones multilaterales, no puede aquí dejar de mencionarse –aún sin perseguir con ello la voluntad de agotar el análisis complejo que presenta la temática abordada– que también, dentro del ámbito del sistema interamericano, existe una amplia diversidad de instrumentos y resoluciones que se han encargado de poner énfasis en el fenómeno de la corrupción, desde una perspectiva de análisis que hace hincapié sobre sus consecuencias violatorias de derechos humanos.

En esa línea se inscribe, la Carta Democrática, suscripta el 11 de septiembre de 2001 por la Asamblea General de la OEA. En el preámbulo mismo de este instrumento, se plantea la relación directa que existe entre la protección de los derechos humanos y la consolidación de la democracia en la región. De ahí que, en el año 2018, la Asamblea General de la OEA, en seguimiento de la Carta Democrática Interamericana, emitió una resolución por medio de la cual decidió «continuar promoviendo la cooperación democrática a fin de respaldar a los

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA
PODER JUDICIAL MENDOZA

Estados Miembros que así lo soliciten en sus esfuerzos por fortalecer las instituciones, valores, prácticas y gobernabilidad democráticos, combatir la corrupción, mejorar el Estado de Derecho, lograr el pleno goce y ejercicio efectivo de los derechos humanos y reducir la pobreza, la desigualdad y la exclusión social» (OEA, Asamblea General. AG/RES. 2927 (XLVIII-O/18), Fortalecimiento de la Democracia pág. 151. 16 de noviembre de 2018).

Asimismo, conviene recordar que, en la Cumbre de las Américas celebrada en el año 2018, los Estados que participaron de ese encuentro multilateral –entre ellos la Argentina– suscribieron el denominado «Compromiso de Lima sobre Gobernabilidad democrática frente a la corrupción», en el cual se destaca que «[...] *la prevención y el combate a la corrupción son fundamentales para el fortalecimiento de la democracia y el Estado de Derecho en nuestros países, y que la corrupción debilita la gobernabilidad democrática, la confianza de la ciudadanía en las instituciones y tiene un impacto negativo en el goce efectivo de los derechos humanos y el desarrollo sostenible de las poblaciones de nuestro Hemisferio, al igual que en otras regiones del mundo*».

Por su parte, y desde el año 2001, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, CIDH) viene abordando este fenómeno. En este sentido, sin perjuicio de aproximaciones anteriores, el desarrollo más sistemático brindado por la CIDH al tema lo ha dado los últimos años a través de dos resoluciones: la Resolución 1/17 «*Derechos Humanos y lucha contra la Impunidad y la Corrupción*», de 12 de septiembre de 2017, y la ya citada Resolución 1/18 «*Corrupción y Derechos Humanos*», del 2 de marzo de 2018.

Al respecto, conviene aquí recordar que en la Resolución 1/17 se afirmó, entre otras consideraciones, que «[l]a *lucha contra la corrupción está indisolublemente ligada al ejercicio y disfrute de los derechos humanos. La impunidad fomenta y perpetúa los actos de corrupción. Por lo tanto, el establecimiento de mecanismos efectivos para erradicar la corrupción es una obligación urgente para lograr un acceso efectivo a una justicia independiente e*

imparcial y para garantizar los derechos humanos».

Mientras que en la Resolución 1/18, la CIDH, además de exponer un concepto amplio de la corrupción, a la que considera como «[u]n complejo fenómeno que afecta a los derechos humanos en su integralidad –civiles, políticos, económicos, sociales, culturales y ambientales–, así como al derecho al desarrollo; debilita la gobernabilidad y las instituciones democráticas, fomenta la impunidad, socava el Estado de Derecho y exacerba la desigualdad», que «[s]e caracteriza por el abuso o desviación del poder, que puede ser público o privado, que desplaza el interés público por un beneficio privado (personal o para un tercero), y que debilita las instituciones de control tanto administrativas como judiciales», y que, además, «[t]iene un impacto grave y diferenciado en el goce y ejercicio de los derechos humanos por parte de grupos históricamente discriminados, tales como las personas en situación de pobreza, las mujeres, los pueblos indígenas, los afrodescendientes, personas migrantes y las personas privadas de libertad y afecta de forma especialmente profunda a quienes son objeto de trata y tráfico de personas como los migrantes, niñas, niños y mujeres». También señaló que, dadas esas particularidades, la corrupción requiere «[e]l establecimiento de mecanismos efectivos para erradicarla con el fin de garantizar los derechos humanos», porque «[b]ajo el marco jurídico interamericano, los Estados tienen el deber de adoptar medidas legislativas, administrativas y de cualquier otro carácter para garantizar el ejercicio de los derechos humanos frente a las vulneraciones y restricciones que produce el fenómeno de la corrupción».

Asimismo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH) se ha pronunciado sobre este tema. En particular, cabe destacar ciertas apreciaciones generales formuladas en el caso «*Ramírez Escobar vs. Guatemala*» (2018), sobre la corrupción y el impacto que este fenómeno tiene en los derechos humanos. Así, el Tribunal destacó que «[l]as consecuencias negativas de la corrupción y los obstáculos que representa para el goce y disfrute

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA
PODER JUDICIAL MENDOZA

efectivo de los derechos humanos, así como el hecho de que la corrupción de autoridades estatales o prestadores privados de servicios públicos afecta de una manera particular a grupos vulnerables. Además, la corrupción no solo afecta los derechos de los particulares individualmente afectados, sino que repercute negativamente en toda la sociedad, en la medida en que “se resquebraja la confianza de la población en el gobierno y, con el tiempo, en el orden democrático y el estado de derecho”, y recordó que «[l]os Estados deben adoptar las medidas para prevenir, sancionar y erradicar eficaz y eficientemente la corrupción».

En síntesis, del análisis realizado de los instrumentos internacionales referidos, así como de los dictámenes y resoluciones de la CIDH y en sentencias de la Corte IDH, surge que el fenómeno de la corrupción presenta un significado político y político-criminal que, por sus características y por su grave efecto sobre el sistema democrático, requiere ser combatido necesariamente –aún cuando se precie de insuficiente– a través del castigo penal.

La corrupción aparece, de este modo, como un fenómeno sistémico. Lo es porque ofrece características inequívocas como son la habitualidad, la permanencia y la organización. Estas tres notas inequívocas de los fenómenos delictuales sistémicos persiguen, junto a los beneficios materiales propios de la actividad criminal, una garantía de perpetuación de la misma: la impunidad. Con lo cual, no es infrecuente pensar que existe una íntima y directa relación entre el incremento de los casos de corrupción, específicamente aquellos que se producen dentro del ámbito de la administración pública por quienes ejercen un rol o función pública dentro de cualquiera de los estamentos y órganos de poder de un Estado, con la escasa o mínima efectividad que, en materia de lucha contra este verdadero y grave flagelo que representa la corrupción, resulta del diseño sustancial y procesal adoptado en los Estados modernos, dirigido a prevenir, investigar, juzgar y, en su caso, sancionar actos de corrupción –y hacer cumplir esas sanciones–.

De manera tal que, conforme se desprende de los deberes emergentes de la suscripción de aquellos instrumentos multilaterales en el plano internacional, sea en cuanto tiene que ver con el sistema interamericano –OEA– como en el ámbito propio de las Naciones Unidas –ONU–, los Estados Parte, entre ellos la Argentina, deben cumplir con un específico deber: todos los órganos mediante los cuales se ejerce el poder público deben adoptar ineludiblemente todas las medidas que, dentro del ámbito que resulta propio de su competencia material, funcional y territorial, resulten necesarias y pertinentes para desincentivar la comisión de estas prácticas delictivas por funcionarios públicos.

Es evidente que, al obrar de ese modo, el Estado del que se trate adecuará su actuación a los compromisos asumidos en el orden internacional en materia de lucha contra la corrupción, dotando de operatividad a los deberes aceptados en el marco multilateral del que forman parte –por la suscripción de aquellos instrumentos– para enfrentar ese fenómeno. Además, como efecto reflejo, esa proactividad generará un impacto positivo para que la sociedad, como destinataria final de la gestión pública en general, vaya perdiendo esta enquistada e invariable visión sobre los actos de corrupción, asociando –razonablemente– que ellos implican una práctica consuetudinaria en el ejercicio del poder público, que –casi– ninguna consecuencia seria, cierta y eficaz tiene en el plano social, económico ni jurídico para el o los sujetos responsables de su comisión.

A modo de reflexión sobre lo analizado en este acápite, estimo pertinente mencionar que recientemente –el 22 de enero del presente año–, Transparencia Internacional (“*Transparency International*”) presentó su informe anual mediante el cual se clasifica a ciento ochenta países y territorios, donde a cada uno de ellos se los ubica en una posición según cuál sea el nivel de percepción de la corrupción (“*Corruption Perceptions Index*”) en el sector público de cada uno de ellos, destacándose la conexión entre la corrupción, la democracia y los derechos humanos.

Los resultados de ese informe, referidos al año 2021, ubican a la

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA
PODER JUDICIAL MENDOZA

República Argentina en la posición n° 96/180, con una puntuación de 38. Por lo cual, los datos son preocupantes si tenemos en cuenta que los valores de referencia utilizados son en una escala de cero (muy corruptos) a cien (muy limpios) y reflejan que los países que vulneran los derechos y libertades civiles –entre otros, por actos de corrupción– obtienen de forma consistente puntuaciones más bajas en el índice. Sírvase de comparación que, países de la región, como Uruguay, Chile, Colombia, Brasil, Paraguay –con una mejora significativa en la última década– o Venezuela ocupan los puestos 18, 27, 87, 96, 128 y 177 respectivamente.

Muestra clara de la enorme relevancia de las soluciones que, en aras de la justicia, no apenas de la seguridad, debe proveer el juzgador penal –en última instancia– para atacar este flagelo.

b.- En segundo lugar, el fenómeno jurídico de la corrupción encuentra, en el ámbito normativo local, una recepción y un reconocimiento expreso, concreto y privilegiado, a través de la tipificación de los denominados «**delitos constitucionales**». Estos son, básicamente, aquellos delitos cuyas características determinaron que el constituyente las recogiera en el texto mismo de la Constitución, describiendo en su caso, tanto la conducta reprochada, como la sanción que le cabe a quien/es lo/s cometa/n.

En este aspecto, el texto de la Constitución Nacional de 1853-1860 ya definía conductas delictivas. Ello se observa del repaso de los siguientes artículos, los que se mantienen actualmente vigentes en el texto reformado: (a) el art. 15, en tanto dispone que *«En la Nación Argentina no hay esclavos: los pocos que hoy existen quedan libres desde la jura de esta Constitución; y una ley especial reglará las indemnizaciones a que dé lugar esta declaración. Todo contrato de compra y venta de personas es un crimen de que serán responsables los que lo celebrasen, y el escribano o funcionario que lo autorice. Y los esclavos que de cualquier modo se introduzcan quedan libres por el solo hecho de pisar el territorio de la República»*; (b) el art. 22 cuando establece que *«El pueblo no*

delibera ni gobierna, sino por medio de sus representantes y autoridades creadas por esta Constitución. Toda fuerza armada o reunión de personas que se atribuya los derechos del pueblo y peticione a nombre de éste, comete delito de sedición»; (c) el art. 29 que prescribe que «El Congreso no puede conceder al Ejecutivo nacional, ni las Legislaturas provinciales a los gobernadores de provincia, facultades extraordinarias, ni la suma del poder público, ni otorgarles sumisiones o supremacías por las que la vida, el honor o las fortunas de los argentinos queden a merced de gobiernos o persona alguna. Actos de esta naturaleza llevan consigo una nulidad insanable, y sujetarán a los que los formulen, consientan o firmen, a la responsabilidad y pena de los infames traidores a la patria»; y, finalmente, (d) el art. 103 (actualmente 119) que «La traición contra la Nación consistirá únicamente en tomar las armas contra ella, o en unirse a sus enemigos prestándoles ayuda y socorro. El Congreso fijará por una ley especial la pena de este delito; pero ella no pasará de la persona del delincuente, ni la infamia del reo se transmitirá a sus parientes de cualquier grado».

Ahora bien, como consecuencia de la reforma de la Constitución de la Nación Argentina de 1994, junto con la modificación de parte de la estructura institucional de nuestra república, la introducción de los denominados derechos de tercera y cuarta generación, y la asignación de jerarquía constitucional a diversos tratados internacionales sobre derechos humanos, se incluyeron normas para la defensa de la democracia y la institucionalidad. Fruto de esto último, fue la incorporación del nuevo art. 36, ubicado como el primero dentro de la nómina de normas que se encuentran en el Capítulo Segundo de la Primera Parte, denominado «Nuevos derechos y garantías». La trascendencia de esta norma constitucional para la solución del presente caso, impone su transcripción:

Art. 36: «Esta Constitución mantendrá su imperio aun cuando se interrumpiere su observancia por actos de fuerza contra el orden institucional y el sistema democrático. Estos actos serán insanablemente nulos.

Sus autores serán pasibles de la sanción prevista en el artículo 29,

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA
PODER JUDICIAL MENDOZA

inhabilitados a perpetuidad para ocupar cargos públicos y excluidos de los beneficios del indulto y la conmutación de penas.

Tendrán las mismas sanciones quienes, como consecuencia de estos actos, usurparen funciones previstas para las autoridades de esta Constitución o las de las provincias, los que responderán civil y penalmente de sus actos. Las acciones respectivas serán imprescriptibles.

Todos los ciudadanos tienen el derecho de resistencia contra quienes ejecutaren los actos de fuerza enunciados en este artículo.

Atentará asimismo contra el sistema democrático quien incurriere en grave delito doloso contra el Estado que conlleve enriquecimiento, quedando inhabilitado por el tiempo que las leyes determinen para ocupar cargos o empleos públicos.

El Congreso sancionará una ley sobre ética pública para el ejercicio de la función».

La interpretación de esta norma, que refleja –con base en la cúspide de su pirámide normativa– el imperativo de resguardo del orden constitucional y la vida democrática, permite observar que se trata de un dispositivo legal que, técnicamente, encierra todos los componentes de tres tipos penales. Ello por cuanto, a través de su contenido, se definen los comportamientos delictivos, la calidad de los autores y, finalmente, las sanciones previstas. Ilícitos cuya constitucionalización refleja la intención del Convencional Constituyente de 1994 de instituir una norma que obre como resguardo o garantía de la vigencia irrestricta del Estado Constitucional de derecho, mediante una nueva tipología constitucional penal que se agrega a definidos en forma previa a la modificación constitucional (arts. 15, 22, 29 y 119 de la CN).

El **primero** de ellos, presente en el párrafo inicial, consiste en interrumpir la observancia de la Constitución por actos de fuerza contra el orden

institucional y el sistema democrático.

El **segundo**, previsto en el tercer párrafo de la mentada norma, en tanto el constituyente configuró como delito la conducta de quienes, como consecuencia de los actos de fuerza antes descriptos, usurpen funciones previstas para las autoridades de la Constitución o de las provincias.

A través de ellos, la reforma otorga jerarquía constitucional a las principales conductas que constituyen los denominados «delitos contra el orden constitucional y la vida democrática» que, como es sabido, fueron tipificados e incorporados a nuestro derecho vigente a partir de la sanción de la Ley N° 23.077 -publicada en el B.O. el 27/08/1984- en el Código Penal en los arts. 174, inc. 5, 226, 226 bis, 227 bis y ter, que se encuentran ubicadas, precisamente, en el Capítulo 1 –«Atentados al orden constitucional y la vida democrática»- del Título X –«Delitos contra los poderes públicos y el orden constitucional»- de la ley penal sustantiva.

Al tipificar constitucionalmente las conductas más lesivas y estipular sus respectivos castigos, se impide una eventual descriminalización a nivel legislativo. Existe así un piso mínimo de conductas castigadas penalmente del que es imposible sustraerse, tanto por el dictado de normas de fondo que las exoneren de castigo penal, como por disposiciones de prescripción que limiten la posibilidad de su juzgamiento y del cumplimiento de una eventual sanción –en su caso–.

Por último, el **tercer** tipo de delitos constitucionales aparece descripto por el constituyente de 1994 en el quinto párrafo del art. 36 de la Constitución Nacional, quien consideró que, ***quien se enriquece mediante la comisión de un grave delito doloso en perjuicio del Estado***, atenta con ello contra el sistema democrático.

En este caso, ese dispositivo constitucional también tiene correlato con el texto del Código Penal. La tipicidad penal de este delito constitucional se

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA
PODER JUDICIAL MENDOZA

observa en los capítulos VI –«Cohecho y tráfico de influencias»–, VII –«Malversación de caudales públicos»–, VIII –«Negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas»– IX –«Exacciones ilegales»– y IX *bis* –«Enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados»–, del Título XI –«Delitos contra la Administración Pública»– de la ley penal de fondo, junto con el artículo 174 inciso 5 –cuando se trata del delito de defraudación de la Administración Pública–. Figuras a través de las cuales se receptan, en general, una serie de infracciones que perjudican de diferentes maneras, el desenvolvimiento, legalmente dispuesto, de los distintos órganos del Estado en todos los compartimentos de sus tres poderes que, en ciertos casos, conllevan enriquecimiento. En su caso, la ley penal busca con ellas proteger el normal desenvolvimiento de la administración pública, es decir, evitar que las conductas de quienes revisten la calidad de funcionarios públicos no entorpezcan su normal funcionamiento, esto es, la regularidad y la legalidad de la gestión o del ejercicio del cargo por parte de aquellos

Antes de continuar en el análisis del dispositivo constitucional, es importante recordar, por la trascendencia que ostentan en el análisis y la solución que propicio, dos cuestiones. Primero, que el concepto de administración pública previsto en el referido Título XI resulta más amplio que el que se utiliza en Derecho Administrativo, pues no abarca únicamente la llamada administración pública central, sino a la actividad y función que llevan a cabo todos los órganos del Estado, tanto nacional como provincial y municipal. Como bien lo explica Soler, «[...] *la expresión administración pública no está empleada aquí en el sentido técnico corriente propio del Derecho Administrativo sino con mucha mayor amplitud*», pues con ella se alude «*al normal, ordenado y legal desenvolvimiento de las funciones de los órganos del Estado, en todas las ramas de los tres poderes*» (SOLER, Sebastián, *Derecho Penal argentino*, act. por Manuel A. Bayala Basombrio, Tea, Buenos Aires, t. 5, pág. 121). También Núñez sostiene que «*La administración pública, como bien protegido penalmente, no consiste en las funciones del Poder Ejecutivo, nacional, provincial o municipal,*

como poder administrador, sino que está representada por el ejercicio de las funciones legislativas, ejecutivas o judiciales en cualquiera de aquellos tres ámbitos» (NUÑEZ, Ricardo C., *Derecho Penal argentino*, Lerner, Córdoba, t. VII, p. 18) (ambas obras citadas en *Revista de Derecho penal, La corrupción en sus diversas modalidades y la destrucción del Estado de Derecho*, con la dirección de DONNA, Edgardo Alberto, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, t.1, 2020-2021, pág. 24)

Segundo, que si bien el Código en el título bajo estudio –Título XI– ha tipificado conductas que pueden, en algunos casos, ser cometidas tanto por funcionarios públicos como por particulares, no puede soslayarse que, en su gran mayoría, describe tipos penales que exigen un autor calificado, que lleva a que se especialice el delito, siendo este sujeto el funcionario público –elemento normativo del tipo–. En estos delitos, la autoría se limita al círculo de las personas calificadas o autores idóneos mencionados en el tipo, que tienen el deber de actuar conforme a la ley y a las normas a su cargo.

Para conceptualizar la categoría de «funcionario público» debemos recurrir, en primer lugar, al art. 77 del Código Penal, en cuanto dispone que: *«Por los términos “funcionario público” y “empleado público”, usados en este código, se designa a todo el que participa accidental o permanentemente del ejercicio de funciones públicas sea por elección popular o por nombramiento de autoridad competente»*. Y, en sintonía con ello, otro soporte lo encontramos en la ya referida Convención Interamericana de la OEA contra la Corrupción, que define al funcionario público de la siguiente forma: «funcionario público», «oficial gubernamental» o «servidor público», será cualquier funcionario o empleado del Estado o de sus entidades, incluidos los que han sido seleccionados, designados o electos para desempeñar actividades o funciones en nombre del Estado o al servicio del Estado, en todos sus niveles jerárquicos.

Ahora bien, retomando el análisis del delito constitucional previsto en el quinto párrafo del art. 36 de la Ley Fundamental, no escapa observar que el

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA
PODER JUDICIAL MENDOZA

constituyente elaboró esa formulación legal incluyendo en su descripción un adjetivo calificativo. Me estoy refiriendo, concretamente, al término *grave*.

La contextualización de esta palabra con el contenido completo de la norma en cuestión, descarta que se trate de una previsión accidental, fortuita o ingenua. Todo lo contrario, su potencialidad gramatical trae por consecuencia una delimitación en cuanto a la posibilidad de asimilar –y, por ende, tipificar en clave constitucional– cualquier conducta en las que se encuentren presentes los elementos objetivos y subjetivos de los tipos legales individualizados precedentemente, con la definición y el sentido que, para la Constitución Nacional, implica un *atentado contra la democracia*.

Serán, en su caso, las circunstancias dentro de las cuales se produjeron los comportamientos delictivos en cuestión, las que determinaran en su caso, cuándo nos encontramos frente a una conducta que, por su gravedad, se muestra en los hechos con la capacidad de socavar las instituciones o los valores de la democracia, de acuerdo con la definición legal prevista en la Constitución Nacional.

Es decir, no toda conducta criminal que pueda ser encuadrada bajo alguna de las figuras penales señaladas anteriormente, esto es, ya sea bajo el tipo penal de defraudación en perjuicio de la administración pública –art 174 inc. 5–, cohecho y tráfico de influencias –arts. 256 al 259 bis–, malversación de caudales públicos –arts. 260 al 264–, negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas –art. 265–, exacciones ilegales –arts. 266 al 268– y, por último, enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados –arts. 268 (1), 268 (2) y 268 (3)–, permitirá por ello sólo, aplicar la cláusula constitucional bajo análisis, y considerar, en su caso, que se trata de un delito constitucional. Pues, para que ello suceda, además de participar de las características típicas que definen a esos delitos contra la administración pública, las maniobras delictivas que deben representar un atentado contra la democracia; capacidad que viene definida por la gravedad del delito.

En este punto debo ser clara. La caracterización sobre la gravedad del comportamiento delictivo para juzgar su inclusión dentro de ese género de ilícitos constitucionales no resulta, necesariamente, de la previsión legal que hace el legislador al definir el monto punitivo respecto de cada figura penal en cuestión. Pues más allá de la determinación de escalas penales en abstracto de cada una de las figuras penales en cuestión no impide considerar –o descartar– que el delito contra la administración pública, cometido por un funcionario público, presente –como se dijo– la suficiente gravedad como para lesionar la previsión constitucional aludida. En su caso, deberá analizarse cada caso en particular para determinar si, con ellos, se han comprometido los valores democráticos y republicanos de nuestra Nación -como se verá, el caso de autos-.

En esa interpretación pueden incluirse como indicadores de esa gravedad, entre otros, el volumen o extensión del daño provocado al Estado, la complejidad de la maniobra dolosa ejecutada, los roles y deberes de los autores de los delitos, y los valores, autoridades y procedimientos que han resultado conculcados. Pero ninguno de ellos debe ser adoptado y aplicado en forma descontextualizada de los valores democráticos que se encuentran implicados en estos hechos.

En función de lo brevemente señalado, no cabe más que concluir, como primer punto a destacar –por su relevancia para la solución del presente caso–, que los graves casos de corrupción que conlleven enriquecimiento (art. 36 quinto párrafo de la Constitución Nacional), constituyen un *delito de carácter constitucional*, y ello impone la necesaria observancia de los parámetros legales que emergen de la Ley Fundamental al tiempo de su juzgamiento y sanción dentro de un proceso penal.

Ahora bien, ¿qué consecuencias provoca que ciertos y determinados comportamientos hayan sido calificados por el constituyente de 1994 como delitos constitucionales en la órbita jurídico-penal?

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA
PODER JUDICIAL MENDOZA

En aquellos casos en que nos encontramos frente a la comisión de conductas interruptoras de la vigencia de la Constitución Nacional por actos de fuerza contra el orden institucional y el sistema democrático, o, en su caso, de la usurpación de funciones previstas por la Constitución Nacional o de las provincias –primer y tercer párrafo, respectivamente, del art. 36 de la Constitución Nacional–, esas acciones acarrearán una serie de consecuencias jurídicas. Por un lado, quienes cometen este tipo de delitos quedan sujetos a la responsabilidad y pena de los infames traidores a la patria –art. 29 de la Constitución Nacional–, inhabilitados a perpetuidad para ejercer cargos públicos y, además, no podrán obtener los beneficios del indulto y ni de la conmutación de penas. Por otro lado, se reconoce el derecho de resistencia popular contra quienes ejecuten esta clase de acciones. Finalmente, y en cuanto aquí más nos interesa destacar, el convencional constituyente ha dispuesto que las acciones civiles y penales que se originen de ellos, serán imprescriptibles.

Estas consecuencias también se aplican cuando se trata de graves delitos dolosos cometidos contra el Estado que conllevan enriquecimiento, es decir, de graves hechos de corrupción perpetrados contra el Estado. Esto quiere decir que los responsables de su comisión también están sujetos a la pena de los infames traidores a la patria y excluidos de los beneficios del indulto y de la conmutación de penas, y que las acciones por responsabilidad civil y penal tampoco prescriben.

Las razones que justifican esta última afirmación las encontramos directamente en el texto expreso de la Ley Fundamental. Es que si consideramos que «[...] *la primera fuente de interpretación de la voluntad del legislador es su letra y las palabras deben entenderse empleadas en su verdadero sentido, en el que tienen en la vida diaria, y cuando la ley emplea varios términos sucesivos es la regla más segura de interpretación la de que esos términos no son superfluos, sino que han sido empleados con algún propósito, sea de ampliar, de limitar o de corregir los conceptos, por cuanto, en definitiva, el fin primordial del intérprete*

es dar pleno efecto a la voluntad del legislador» (Fallos: 200: 165). De tal modo, «[...] *es regla de interpretación de las leyes la de que los jueces deben atenderse al texto de las mismas, cuando es claro y no da lugar a dudas»* (Fallos: 120:372), y que «[...] *cada palabra de la Constitución debe tener su fuerza y su significado propio, no debiendo suponerse que ella ha sido inútilmente usada o agregada, y rechazarse como superflua o sin sentido»* (Fallos: 95:327), resulta lógico interpretar que, para el convencional constituyente, la interrupción por la fuerza el orden constitucional, la usurpación de funciones previstas por la Constitución Nacional o las de las provincias y el grave delito doloso contra el Estado que haya conllevado enriquecimiento, constituyen delitos que atentan **todos** contra el orden constitucional y el sistema democrático.

Ello así por tres motivos centrales. Primero, porque todos estos delitos constitucionales aparecen contenidos en una misma norma. Segundo, porque cuando el constituyente describe los comportamientos criminosos del quinto párrafo, lo hace utilizando el término «*asimismo*», como conector copulativo que asocia para ellos el mismo régimen jurídico previsto para aquellos delitos constitucionales referidos en el primer y tercer párrafo, porque los graves hechos de corrupción cometidos contra el Estado, y que conllevan enriquecimiento, implican un atentado contra el sistema democrático «*del mismo modo*» en que en lo provocan los comportamientos aludidos en los dos supuestos. Tercero, porque el constituyente quiso marcar diferencias sobre las consecuencias jurídicas que se derivan de la comisión de ellos, lo hizo de manera expresa: (a) respecto de la pena de inhabilitación para ocupar cargos públicos, para los delitos tipificados en el primer y tercer párrafo del art. 36, su duración es a perpetuidad, mientras que cuando se trata de los definidos en el quinto párrafo de la misma norma, lo será por el tiempo que determine la ley; y, (b) en orden al derecho de resistencia, cuando se trata de los ilícitos previstos en el primer y tercer párrafo, más no para cuando se trata de aquellos contenidos en el quinto párrafo.

En definitiva, y en cuanto aquí más interesa destacar para el

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA
PODER JUDICIAL MENDOZA

análisis propuesto, si –en clave constitucional– cualitativamente todas las acciones delictivas contenidas en el art. 36 de la Constitución Nacional son igualmente lesivas del orden constitucional y el sistema democrático, y el constituyente no ha realizado ninguna reserva expresa al respecto, la imprescriptibilidad de las acciones civiles y penales que se menciona en el tercer párrafo del dispositivo legal alcanza a los tres tipos delictivos previstos en la norma, porque **todos** atentan contra el orden constitucional y el sistema democrático (en este sentido, véase el voto del Dr. Leopoldo Héctor Schiffrin, de la Cámara Federal de Apelaciones de La Plata, Sala II, en los autos caratulados «M.D.M. y otros s/ 296 en función del 292, 172, 54 y 55 CP», y el voto del Dr. Gustavo Hornos, de la Cámara Federal de Casación Penal, Sala IV, en autos caratulados «*COSSIO, Ricardo Juan Alfredo y otros s/ recurso de casación*»).

Ahora bien, más allá del fundamento jurídico-legal de esa equiparación, y la consecuente imprescriptibilidad que de ella resulta respecto de los graves delitos de corrupción cometidos contra el Estado, lo cierto es que, la inaplicabilidad de las normas que regulan –en este caso– la vigencia de la acción penal previstas en la legislación penal de fondo, cuando se trata de investigar y sancionar criminalmente graves hechos de corrupción cometidos por funcionarios públicos en el ámbito de la administración pública –reconocida constitucionalmente–, también encuentra sustento ni bien se comprueba las graves y perjudiciales repercusiones que provocan en el normal desenvolvimiento de las instituciones en general, y de la sociedad y los administrados en particular.

Pues, a las notas características de la corrupción descriptas y brevemente analizadas en el acápite precedente, que justifican que las acciones legales resulten constitucionalmente imprescriptibles, no puede soslayarse que la trascendencia institucional que provocan estos hechos delictivos, cuando son cometidos por funcionarios públicos dentro del sector público. Ello se suma a las razones que también fundamentan la especial rigurosidad que el sistema penal dispensa para el tratamiento legal de estos casos.

Así, la calidad de funcionario público encuentra en las disposiciones del Código Penal distintas limitaciones con relación a los ciudadanos particulares responsables de la comisión de un hecho delictivo.

En la parte general, se establece que la prescripción de la acción penal se suspende cuando se trata 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 (art. 67 segundo párrafo); no procede la suspensión del juicio a prueba cuando un funcionario público, en ejercicio de sus funciones, hubiese participado en el delito (art. 76 bis).

En la parte especial, el legislador ha consagrado a través de distintos tipos penales, figuras básicas y agravantes de penalidad, cuando el hecho fuere cometido por funcionarios públicos. A modo de ejemplo: delito de injurias (art. 117 bis, inc. 4°), abuso sexual en sus distintas modalidades comisivas –simple, gravemente ultrajante y con acceso carnal– (art. 119 cuarto párrafo, inc. e); promoción o facilitación de la corrupción (art. 126, inc. 3°); supresión y suposición del estado civil y de la identidad (art. 139 bis); delitos contra la libertad (art.142 bis, segundo párrafo, inc. 5°, art.143, art.144 bis, art. 144 quinto, art.145 ter); violación de domicilio (art.151); violación de secretos y de la privacidad (art. 153); abigeato (art. 67 *quater* y *quinque*); extorsión (art.170 inc. 5°); estafas y otras defraudaciones (art. 174); delitos contra la salud pública (art. 207); además de los delitos de atentados al orden constitucional y a la vida democrática (art. 227 bis), sedición (art. 230, art. 235), y los particulares delitos contra la administración pública (art. 237, 238, 239), abuso de autoridad y violación de los deberes de los funcionarios públicos (art 248, 248 bis y 249), cohecho y tráfico de influencias (arts. 256, 256 bis, entre otros), malversación de caudales públicos (arts. 260 ss y cc); negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas (art. 265); exacciones ilegales (art. 266); enriquecimiento ilícito (art. 268); prevaricato (art. 272) denegación y retardo de conducta (art. 274); encubrimiento (art. 277 inc. 2, ap. D), art. 277 bis, 279 inc. 3); evasión y

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA
PODER JUDICIAL MENDOZA

quebrantamiento de pena (art. 281); delitos contra la fe pública (art. 287); falsificación de sellos, timbres y marcas (art. 291), entre otros.

Por lo tanto, si la intención manifiesta del legislador penal –concretada en las normas penales aludidas– ha sido la de intensificar la respuesta penal cuando se trata de hechos delictivos cometidos por funcionarios públicos en ejercicio de su función, ello justifica que el convencional constituyente haya previsto menos concesiones para los delitos constitucionales examinados, entre ellos los graves delitos dolosos que atenten contra el Estado que conlleven enriquecimiento –corrupción pública–. Especialmente, al establecer que ninguno de ellos se encuentra sujeto a las reglas de la prescripción de la acción penal previstas en el Código Penal. Porque *«las razones que fundamentan la extinción de la acción penal por prescripción de los delitos en los que el Estado no ha podido investigar y sancionar eficazmente a sus eventuales responsables en un tiempo prudencial, resultan incompatibles -al menos- con aquellos casos en que los delitos fueron cometidos por quiénes justamente pertenecen a ese sistema que fracasó en su persecución, esto es, a los funcionarios públicos»* (confr. voto del Dr. Juan Carlos Gemignani en la causa Nro. 1253/2013-758/2013, caratulada “Alsogaray, María Julia s/recurso de casación”, el 24 de abril 2014, Cámara Federal de Casación Penal, Sala IV).

d.- Por todo lo expuesto al momento, desde una perspectiva integral de la propia norma del art. 36 de la C.N. y en función de los instrumentos internacionales aludidos precedentemente, en una interpretación acorde con las iniciativas desarrollados dentro del ámbito interamericano, no cabe otra consideración más que aquella que considere el carácter imprescriptible de los delitos de corrupción en el ámbito de la administración pública. Solamente a partir de ello es posible que el Estado Nacional cumpla con los deberes asumidos internacionalmente sobre este flagelo que socava los intereses más profundos de nuestra República, y perjudica al conjunto de la sociedad en general, y particularmente a los sectores más vulnerables de la misma.

e.- Sentado ello, corresponde a continuación reseñar el recorrido de las actuaciones que nos convoca a su análisis.

Mediante sentencia condenatoria n° 68 dictada por el Tribunal Penal Colegiado N° 1 de la Tercera Circunscripción Judicial, en fecha 18 de junio de 2018, Sergio Hernán Salgado, quien se desempeñaba al momento de los hechos como intendente de la Municipalidad de Santa Rosa, fue encontrado culpable de realizar comportamientos delictivos contra la administración pública. En función de ello, fue condenado a la pena de cinco años de prisión e inhabilitación absoluta y perpetua para ejercer funciones en la administración pública, como autor penalmente responsable de los delitos de concusión –causa N° P-4.237/16–; desobediencia –causa N° P-79.691/15–; malversación de caudales públicos –causa N° P-104.366/14–; fraude a la administración pública en la modalidad de administración infiel en grado de tentativa –causa N° P-26.565/16–, todas en concurso real (arts. 266 y 268, 239, 260, 173 inc. 7° en función del art. 174 inc. 5° y 42, 55, todos del Código Penal).

Los hechos por los que Salgado fue condenado son los siguientes. En primer lugar, en la causa P-79691/15, se acreditó que el acusado Sergio Hernán Salgado, quien por entonces se desempeñaba como Intendente del departamento de Santa Rosa, fue encontrado culpable de haber incumplido, en el ejercicio de su función pública, una orden impartida por autoridad competente, referido al pedido de informe que le fuera solicitado sobre el estado de un determinado proceso licitatorio. Mientras que en la causa P-104.366/14, se alcanzó el grado de certeza probatoria para condenar al acusado de haber desviado fondos públicos por una suma de un millón quinientos mil pesos –\$1.500.000,00–, provenientes del Instituto de Calidad y Sanidad Agropecuaria de Mendoza (ISCAMEN), como parte de la suscripción de un convenio entre esa institución y el Municipio de Santa Rosa, mediante el cual éste se comprometía a realizar obras públicas para el sector representado por aquella entidad; dinero que fue utilizado para un destino distinto del acordado.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA
PODER JUDICIAL MENDOZA

Frente a la condena referida, Salgado, y otros coimputados, interpusieron recurso de casación el que fue rechazado por esta Sala Segunda, con diversa integración, con fecha 12 de junio de 2020, confirmándose la sentencia impugnada (autos n° 13-04395826-1/1 caratulados “Salgado Sergio Hernán, Ibarra Marcial Gustavo, Araya Flavio Guillermo, Ruggeri Gisela Paola p/ Concusión (4237/16) p/ Recurso ext. de casación).

Remitidas las actuaciones a origen, y ante un planteo de la defensa de Sergio Salgado, el Tribunal Penal Colegiado N° 1 de la Tercera Circunscripción Judicial, mediante sentencia n° 2092 de fecha 10 de agosto de 2020, acogió la pretensión y, en consecuencia, declaró extinguida la acción penal por prescripción respecto de los delitos individualizados precedentemente, disponiendo el sobreseimiento definitivo del encartado. Esta resolución, como se dijo, es la que aquí nos convoca, en tanto es la pieza que se encuentra controvertida por el representante del Ministerio Público Fiscal.

Ahora bien, de acuerdo con lo que he examinado en los acápites precedentes, los hechos que se le atribuyeron mediante sendas acusaciones en aquellos procesos penales por los que –junto con otros– el acusado resultó condenado mediante sentencia que, luego, fue convalidada en su integridad por Sala Segunda, importan, en esencia, una sustracción dolosa de parte del acusado a los mandatos legales que le eran exigibles, en tanto imperativos reguladores de la actividad vinculada con la administración pública que a su tiempo ejercía con el máximo cargo institucional en el Poder Ejecutivo de la comuna de Santa Rosa.

En efecto, se trata de comportamientos que evidencian cualidades objetivas y subjetivas específicas que los depositan en la caracterización que hizo el constituyente en el texto constitucional aludido –art. 36 quinto párrafo de la C.N.–. Pues se trata de casos de corrupción en el ámbito de la función pública, donde el agente –funcionario público de alto rango jerárquico–, se apartó dolosamente de los deberes legales inherentes a su cargo, con la intencionalidad manifiesta de obtener un beneficio particular propio, o para un tercero, cualquiera

fuera, en definitiva, su naturaleza –ganancia–. Los que, de manera notable, impactaron de forma perjudicial, notoria y evidente no sólo sobre la formación o configuración de los modos de convivencia social elegidos por la comunidad que lo eligió para ocupar el cargo público que ostentaba; sino, en particular, sobre la transparencia que debe primar cuando se trata de actos de trascendencia pública.

Así, respecto del delito de desobediencia, es posible afirmar que los hechos que lo configuran se muestran lo suficientemente lesivos como para merecer su configuración típica dentro de la figura penal constitucional. Ello, en tanto atenta contra uno de los pilares fundamentales de la República. Me estoy refiriendo, en particular, al necesario e inexorable deber que recae sobre los funcionarios públicos de rendir cuentas sobre los actos de gobierno que realizan en ejercicio de su cargo, cuya contraparte es el derecho de acceso a la información pública que sobre ellos tiene la sociedad en general. Esto, en aras de erradicar la cultura del secretismo y con la finalidad de otorgar a las personas las herramientas para realizar un efectivo monitoreo del funcionamiento estatal, la gestión pública y la lucha contra la corrupción. Derecho que, en definitiva, con la conducta que comprobadamente ejecutó el acusado, resultó ciertamente vulnerado, en cuanto le impidió a la autoridad competente tener conocimiento sobre un concreto acto estatal, como es un proceso licitatorio.

Por su parte, en lo que tiene que ver con el delito de malversación de caudales públicos, más allá de su significación jurídico-penal, tampoco cabe duda que su consumación ha afectado de manera grave la obligación de mantener transparencia en lo que tiene que ver con las contrataciones públicas y las inversiones en infraestructura que, según lo oportunamente convenido, resultaban ser su consecuencia directa.

No huelga recordar aquí que el acusado, Sergio Hernán Salgado, cometió los hechos descritos precedentemente mientras se desempeñaba en el cargo de Intendente del departamento de Santa Rosa. Esta circunstancia, a más de verificar la calidad especial –funcionario público– que requiere para su

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA
PODER JUDICIAL MENDOZA

configuración típica los delitos que le fueran endilgados, nos ubica a su vez, dentro de un ámbito de específico de ejercicio de las funciones estatales públicas.

Es decir, no se trata de un funcionario público más, sino precisamente de quien ejercía al tiempo de los hechos, la rama ejecutiva que –junto con la deliberativa– en que se divide el poder público del régimen municipal local. Cargo al cual accedió por resultar elegido para ello por los propios representados, mediante el voto popular. Pues, conforme lo dispone la Constitución de la provincia de Mendoza, en consonancia con la Constitución Nacional (arts. 5 y 123), *«La administración de los intereses y servicios locales en la capital y cada uno de los departamentos de la Provincia, estará a cargo de una municipalidad, compuesta de un Departamento Ejecutivo y otro Deliberativo, cuyos miembros durarán 4 años en el ejercicio de sus funciones, renovándose el Departamento Deliberativo por mitades cada dos años. Los integrantes del Departamento Deliberativo serán elegidos directamente por el pueblo de los respectivos municipios, conforme con el sistema establecido para la elección de diputados»* (art. 197). Mientras que, en cuanto al sistema de simple pluralidad de sufragios para la elección de ese funcionario, el texto constitucional local establece expresamente que *«Los Intendentes serán elegidos directamente por el pueblo de los respectivos Municipios por simple mayoría de los votos válidos emitidos [...]»*.

Esta descentralización del poder público, mediante la cual la administración de los intereses y servicios de los municipios se encuentra a cargo principalmente del Jefe Comunal, como titular del Poder Ejecutivo local, demuestra que nos encontramos en un ámbito concreto de ejercicio del poder que se vincula notablemente con la participación de la ciudadanía, de adecuación de las políticas públicas comunales a las necesidades de la población destinataria de ellas, de imprescindible e ineludible rendición de cuentas y de transparencia en el ejercicio del cargo.

Con lo cual, dadas esas particulares características de los hechos en

cuestión, en tanto hechos de corrupción que han significado graves delitos dolosos contra el Estado –en los términos constitucionales referidos–, ello los ubica dentro de la previsión del quinto párrafo del art. 36 de la C.N.

De tal manera, declarar la extinción de la acción penal por prescripción, como lo hizo el tribunal de la instancia anterior, ha implicado arbitrariedad al materializar en una resolución judicial la aplicación de la normativa establecida por el Código Penal en materia de prescripción (arts. 62 y 67) que, por expreso mandato constitucional, no resulta aplicable, en tanto se trata, como se explicó, de delitos imprescriptibles.

Considero que la solución que propongo a través del presente voto, sintetiza una posición conforme el texto expreso de la Constitución Nacional, los Tratados internacionales –específicamente sobre corrupción y derechos humanos– y las normas nacionales aplicables. Ello en el entendimiento que sólo así es posible adoptar una perspectiva de interpretación de clave constitucional, mediante la cual se conjugue efectivamente la defensa de los derechos individuales con los intereses y garantías que hacen al respecto irrestricto del debido proceso legal –y sus derivaciones: legalidad, igualdad, defensa en juicio, entre otros– (art. 18 de la Constitución Nacional), con el fin de otorgar a la ley vigente su plena vigencia.

Para ambos casos, bien vale la siguiente reflexión: quien ostenta un cargo público en general, y mucho más cuando se trata de un intendente comunal elegido por el sufragio popular, no puede sino ejercer ese poder que le es otorgado de acuerdo con lo que, al respecto, prescriben las normas válidas y vinculantes para la sociedad. Es decir, dentro de los límites formales y materiales establecidos por las normas constitucionales. De manera tal que, al obrar en forma contraria a esos mandatos legales, corrompe su legitimidad, y afecta gravemente las instituciones democráticas.

En definitiva, la aludida omisión del tribunal de la instancia

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA
PODER JUDICIAL MENDOZA

anterior de toda consideración de la características singulares del tipo de delitos en análisis y de impacto negativo sobre las sociedad toda y los derechos humanos en su integralidad que provoca la corrupción cometida por funcionarios públicos, además de su efecto igualmente perjudicial sobre las instituciones democráticas, ha decantado en una errónea interpretación y aplicación en el caso de las normas penales que regulan el instituto de la prescripción.

Por lo expuesto, considero que debe ser respondida de manera afirmativa la primera cuestión planteada.

ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, las DRAS. SILVINA MIQUEL Y GLADYS MARSALA adhieren, por sus fundamentos, al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, LA DRA. MARÍA TERESA DAY, DIJO:

Atento al resultado al que se arriba en el tratamiento de la primera cuestión, corresponde casar la sentencia impugnada n° 2.092 emitida por el Tribunal Penal Colegiado n° 1 de la Tercera Circunscripción Judicial, la que en su parte resolutive quedará redactada del siguiente modo: *«I-RECHAZAR el incidente de prescripción por extinción de la acción penal presentado por la defensa del acusado Sergio Hernán Salgado en los presentes autos respecto de los delitos de desobediencia -causa n° P-79.691/15- y malversación de caudales públicos -causa n° P-104.366/14-, a tenor de lo previsto en el art. 36 quinto párrafo de la Constitución Nacional»* (art. 485 del Código Procesal Penal).

ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, las DRAS. SILVINA MIQUEL Y GLADYS MARSALA adhieren al voto que antecede.

Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

S E N T E N C I A:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia fallando en definitiva, se

RESUELVE:

1.- Admitir el recurso de casación interpuesto a fs. 25/30 vta. por el representante del Ministerio Público Fiscal.

2.- Casar la sentencia impugnada n° 2.092 emitida por el Tribunal Penal Colegiado n° 1 de la Tercera Circunscripción Judicial, la que en su parte resolutive quedará redactada del siguiente modo: «*I-RECHAZAR el incidente de prescripción por extinción de la acción penal presentado por la defensa del acusado Sergio Hernán Salgado en los presentes autos, respecto de los delitos de desobediencia -causa n° P-79.691/15- y malversación de caudales públicos -causa n° P-104.366/14-, a tenor de lo previsto en el art. 36 quinto párrafo de la Constitución Nacional*» (art. 485 del Código Procesal Penal).

3.- Remitir las presentes actuaciones al tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese.

DRA. MARÍA TERESA DAY
Ministro

DRA. SILVINA MIQUEL
Juez de Cámara

DRA. GLADYS A. MARSALA
Juez de Cámara