
La suerte de las garantías en la *lucha* contra la corrupción*

Carolina Maglione**

Resumen

En las últimas décadas la comunidad internacional ha producido gran cantidad de normativas destinadas a prevenir, detectar y sancionar los actos de corrupción, lo que ha impactado en los sistemas jurídicos en la mayoría de los países. En el caso de Argentina el mayor destinatario de esta normativa internacional fue el sistema penal, en cuanto se produjo un avance del poder punitivo del Estado y una consecuente retracción de los derechos y las garantías constitucionales de los ciudadanos sometidos a proceso por hechos de corrupción. Esta situación conduce a reflexionar respecto del modo que se gestan esas normas internacionales y la recepción en el sistema normativo argentino.

Palabras claves: corrupción – derecho internacional – derecho penal – garantías

* Este trabajo fue expuesto en el II Seminario Internacional: “Garantías constitucionales y principios limitadores del Derecho Penal” en la Universidad de Barcelona, España, el 20 y 21 de junio de 2019.

** Abogada graduada de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, actualmente doctoranda en la misma universidad. Se ha desempeñado como docente de la materia “Elementos de Derecho Penal y Procesal Penal” en la misma facultad (cátedra del Dr. Esteban Righi) y de la materia “Delitos contra la Administración Pública” en la Escuela del Cuerpo de Abogados del Estado de la Procuración del Tesoro de la Nación. Cursó la Maestría en Derecho Penal en la Universidad de Palermo. Correo electrónico: caromaglione@gmail.com

Abstract

In recent decades, the international community has produced a large number of regulations aimed at preventing, detecting and punishing acts of corruption, which has impacted the regulatory systems in most countries. In the case of Argentina, the main recipient of these international regulations was the criminal law, as there was an advance in the punitive power of the State and a consequent retraction of the rights and constitutional guarantees of citizens subject to prosecution for acts of corruption. This situation leads us to reflect on the way in which these international laws are created and the reception in the Argentine normative system.

Keywords: corruption – international law – criminal law – guarantees

El fenómeno de la corrupción es objeto de preocupación por parte de la comunidad internacional desde hace ya varias décadas. Como momento inicial se podría tomar una Resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas¹ del año 1974, mediante la cual se condenó todas las prácticas corruptas de empresas y se exhortó a los gobiernos a adoptar legislaciones para impedirlos. Es partir de allí que se empezó a gestar una serie de normativas internacionales específicas para los actos de corrupción.

En el caso argentino existe una amplia normativa internacional en materia de corrupción, de la cual son destacables:

- En el ámbito de Naciones Unidas, la Convención de Naciones Unidas contra la corrupción.²
- En el marco regional, la Convención Interamericana contra la corrupción.³
- Y ya en un ámbito más específico de coordinación de políticas económicas y sociales entre países de todas partes del mundo, existe la Organización para la cooperación y el desarrollo económico (en adelante OCDE), en cuyo marco se celebró la Convención sobre la lucha contra el cohecho de funcionario público extranjero en las transacciones comerciales internacionales,⁴ entre otros instrumentos.

¹ Asamblea General de las Naciones Unidas, Res. 3514, 15 de diciembre de 1974.

² Aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 31 de octubre de 2003 y ratificada por Argentina el 10 de mayo de 2006, Ley 26.097.

³ Aprobada por la Organización de Estados Americanos el 29 de marzo de 1996, y ratificada por Argentina el 17 de enero de 1997, Ley 24.759.

⁴ Aprobada por la Organización para la cooperación y el desarrollo económico y ratificada por Argentina el 6 de octubre de 2006, Ley 25.319.

La suscripción de estos convenios multilaterales obligó a los países miembros a replicar determinada normativa en sus sistemas jurídicos, a fin de asegurar la vigencia de los valores y principios enunciados por la comunidad internacional. Así es que se inicia un proceso de *adaptación legislativa*.

En el caso de Argentina, el sistema penal fue el mayor destinatario de esta *adaptación legislativa*, con un claro avance del poder punitivo del Estado y la consecuente retracción de determinados derechos y garantías de las personas sometidas a procesos por hechos de corrupción.

La *readaptación legislativa* consistió en agregar nuevas figuras delictivas al extenso catálogo del Código Penal ya existente. Como ejemplo se puede citar el delito de soborno transnacional introducido para cumplir con la Convención de la OCDE.

Así también, se han reformulado los tipos penales ya existentes con el fin de elevar las penas e introducir nuevas conductas. El delito de enriquecimiento ilícito⁵ desde su creación contó con serias objeciones por su incompatibilidad con los derechos fundamentales, sin embargo lejos de corregir el contenido de la norma en tal sentido, en el año 1999 fue modificado el texto a fin de *adaptar* su redacción a las normas internacionales introducidas a nuestro sistema legal, y así se amplió el marco temporal de punición (fue extendido el período de sospecha a dos años de cesar en la función pública), entre otras modificaciones. Marcelo Sancinetti, es quien ha objetado de modo exhaustivo esta figura. Sus objeciones se podrían resumir en lo siguiente, en el entendimiento que la conducta punible consistiría en el incremento patrimonial no justificado:

1. No se respeta el principio de legalidad, ni el derecho penal de acto,
2. Se viola el principio de inocencia y,
3. Se desconoce el principio “*nemo tenetur*”.⁶

Así también, en este sentido más punitivo del derecho, las modificaciones introducidas a la figura del lavado de dinero⁷ cumple un rol importante, teniendo en cuenta que este delito constituye un recurso muy utilizado para enjuiciar a personas que, si bien no son funcionarios públicos, se les endilga algún vínculo económico y/o personal con alguno de estos.

No me detendré a analizar las numerosas conductas (o no conductas) de este tipo penal, ya que excede este trabajo, pero sí quiero destacar la circunstancia de que la sola manifestación de una vida exuberante no acorde a los ingresos de una persona resultaría suficiente para iniciar un proceso penal, con todas sus consecuencias.

⁵ Art. 268 (2) del Código Penal.

⁶ Sancinetti, Marcelo, *El delito de enriquecimiento ilícito de funcionario público*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2014, p. 46.

⁷ Art. 303 y ss. del Código Penal.

Así, el hecho precedente consistiría en un vínculo con un funcionario público, sin más. Este tipo penal, que podría ser llamado como el delito de enriquecimiento ilícito de particulares (o del ciudadano), tiene las mismas incompatibilidades del enriquecimiento ilícito del funcionario público, en cuanto a que viola el derecho penal de acto y se invierte la carga de la prueba.

Me referí a estos tipos penales –tan cuestionados–, ya que constituyen *puertas automáticas de ingreso* al sistema penal, que permiten desarrollar investigaciones del patrimonio de una persona, del de toda su familia y de sus vidas privadas. Esto, sin el más mínimo detalle de la descripción de una conducta específica.

Por otra parte, los procesos judiciales por delitos cometidos en la función pública tienen particularidades propias, respecto del resto de los juicios, ya que contienen concretas limitaciones de ciertos derechos individuales. Un ejemplo es que los funcionarios públicos no pueden acceder a la suspensión del juicio a prueba, que consiste en la posibilidad para infractores primarios de evitar el juicio, someterse a la imposición de tareas comunitarias y ofrecer una reparación.⁸

También sucede que, la sola condición de funcionario público incide sobre la libertad de las personas durante el proceso. Existen decisiones judiciales en que se ha considerado prioritario la *obligación internacional* asumida por el Estado para *combatir* de la corrupción sobre los derechos fundamentales de las personas. Al respecto cito una sentencia en la cual se rechaza la libertad de la persona durante el proceso, que debía ser otorgada de acuerdo a las normas procesales, a precedentes de la CSJN, y a la doctrina de la Corte Interamericana de Derecho Humanos. Se afirmó:

*...deben recodarse las obligaciones asumidas por el Estado Argentino en el orden internacional, con especial referencia al Preámbulo de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción en cuanto destaca la preocupación de los Estados parte por la “gravedad 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”, que plantea la corrupción. En los instrumentos internacionales antes citados se procura, en lo medular, adunar los esfuerzos a fin de prevenir, detectar, sancionar y erradicar la corrupción en el ejercicio de las funciones públicas y en los actos de corrupción específicamente vinculados con tal ejercicio. Este estándar internacional debe ser considerado a los fines de evaluar el riesgo de frustración de la aplicación de la ley penal”.*⁹

⁸ Art. 76 bis del Código Penal.

⁹ CNCP, Sentencia del 19 de febrero de 2019, Registro n° 100/19.4.

El mayor problema de esta decisión judicial a simple vista, es la incompatibilidad del *Juez que combate la corrupción* con el rol del *juez que debe velar por los derechos y garantías de las personas*. Además de este *pequeño inconveniente*, es importante destacar que ni la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción, ni la Convención Interamericana contra la corrupción establecen una sanción en caso de un eventual incumplimiento, como tampoco existe un organismo aplicador de sanciones en tal sentido.

Sí existe, para el caso de la Convención Interamericana, un mecanismo de seguimiento, que se trata de un control entre pares (entre los estados miembros) para verificar si los ordenamientos han sido adaptados y si el Estado ha adoptado políticas públicas para prevenir las prácticas corruptas, pero no para determinar si los jueces sancionan o deciden restringir derechos de las personas.

De modo tal que la *obligación internacional* jamás podría consistir en decidir prisiones preventivas de las personas investigadas por hechos de corrupción, cuando según el ordenamiento legal en el caso corresponde otorgar la libertad de la persona. Y como contrapartida, lo que es más grave aún, para un juez argentino, sí implica una *obligación internacional* garantizar el efectivo ejercicio de los derechos fundamentales establecidos en la Convención Americana de Derechos Humanos,¹⁰ ya que, en caso de constatarse una violación habilitaría una eventual intervención de la Comisión Interamericana de los Derechos Humanos, o bien de la Corte Interamericana –según corresponda–, organismos que pueden disponer que el Estado Argentino garantice el ejercicio del derecho conculcado, e imponer una reparación para el afectado.

En otro plano, también resulta relevante el rol que cumple la OCDE sobre nuestro sistema judicial, ya que la participación de nuestro país en ese organismo, no sólo ha significado la modificación legislativa en un sentido más amplio del poder punitivo del Estado, sino que además se han articulado acciones concretas de gobierno, basadas en la implementación de políticas para combatir determinadas conductas delictivas como es el lavado de dinero. Esto ha incidido en forma directa sobre los procesos penales seguidos contra funcionarios públicos. Ello teniendo en cuenta que se admite la introducción de determinadas agencias del gobierno para actuar como sujetos procesales en los juicios penales. Por ejemplo, la Unidad de Información Financiera puede actuar como acusador (figura de querellante) en aquellas investigaciones relativas a actos de corrupción, además de la actuación del Fiscal.

Nuestro sistema procesal admite que una persona sometida a proceso por un delito cometido durante la función pública, pueda ser acusada por múltiples sujetos:

1. La Fiscalía (de turno), conjuntamente con la Fiscalía especializada (Fiscalía

¹⁰ Ratificada por Argentina mediante la Ley 23.054 del 19.4.1984, e incorporada a la Constitución Nacional en la reforma del año 1994 (art. 77, inc. 22).

- de Investigaciones Administrativas),
2. La Unidad de Información Financiera dependiente del Poder Ejecutivo Nacional.
 3. La Oficina Anticorrupción también dependiente del Poder Ejecutivo Nacional.
 4. El organismo en el cual se haya desempeñado el funcionario público sometido a proceso, como por ejemplo el Ministerio de Obras y Servicios Públicos.
 5. A esta multiplicidad de acusadores se le agregaría uno más, si se tiene en cuenta que la realidad del sistema judicial argentino, cuyo proceso penal aún cuenta con marcados resabios del proceso inquisitivo, lo que genera que el Juez también sea un acusador más.

Como contraparte en el escenario de juicio descrito, está la persona imputada que sólo podrá contar con dos abogados defensores¹¹ –para el caso que haya optado por tener defensa particular–, y si la defensa es pública sólo contará con un profesional.

Cabe aquí preguntarse ¿Y el principio de igualdad de armas? Y como ejemplo de esta desigualdad puedo mencionar la sentencia judicial antes citada, ya que trató un recurso de casación que había interpuesto la Unidad de Información Financiera, sin acompañamiento del Fiscal, y con una adhesión de la Oficina Anticorrupción, a consecuencia de lo cual los jueces de la Cámara Federal de Casación decidieron revocar la concesión de la libertad de la persona que había sido otorgada por el Tribunal de Juicio.

Otra cuestión que ha sido resentida por la normativa internacional es la definición de *funcionario público*. La norma penal¹² se circunscribe a “todo el que participa accidental o permanentemente del ejercicio de funciones públicas, sea por elección popular o por nombramiento de autoridad competente”. Ahora bien, la interpretación de esta disposición ha sido complementada con la normativa internacional para otorgarle un sentido más amplio.

Al respecto, llama la atención cómo se le otorga un sentido amplio al concepto de funcionario público, basado en el contenido de las normas internacionales como la Convención Interamericana contra la Corrupción. Y en tal sentido, puedo citar el caso de un pasante universitario sin designación en la administración pública, que prestaba funciones en el marco de un convenio firmado entre una universidad y un organismo público, el que fue considerado partícipe del delito de exacciones ilegales.¹³

Siguiendo con el sistema de *puertas automáticas de ingreso* al poder punitivo del Estado, es dable advertir que también se intenta *agrandar* esas puertas para

¹¹ Art. 106 del Código Penal.

¹² Art. 77 del Código Penal.

¹³ CNCP, Sentencia del 6 de septiembre de 2004, Causa n° 5539, Sala I.

que cualquier ciudadano sea considerado funcionario público y esté alcanzado por este derecho penal especial.

Otro impacto de estas *adaptaciones* se reflejó en la modificación introducida en materia de prescripción de la acción penal, que estableció la suspensión del plazo de la prescripción de la acción penal por delitos cometidos en el ejercicio de la función pública, para el caso de personas que se encuentren desempeñando un cargo público, y que esto rige para todos los demás involucrados en una investigación, aún cuando se trate de personas ajenas a la función pública. Consecuentemente esta modificación permitió la legitimación de procesos absurdamente extensos, algunos de los cuales alcanzan a durar más de 20 años.

El excesivo plazo de duración del proceso ya significa una sanción en sí misma. Máxime si se tienen en cuenta las características particulares de este tipo de procesos, que conllevan restricciones a la libertad de las personas o de sus patrimonios, para el caso que se adopten medidas cautelares.

Con los ejemplos dados intento demostrar que las normas internacionales han tenido una incidencia directa sobre los derechos y las garantías de las personas, por un lado la *adaptación legislativa* está dirigida a un sistema jurídico penal más punitivo y más restrictivo de derechos. Y por otro lado, las decisiones judiciales, basadas en los principios y valores de la comunidad internacional para combatir las prácticas corruptas, han significado un menoscabo concreto de ciertos derechos fundamentales.

183

En el panorama descripto pareciera que fuese posible graduar la validez de los derechos y las garantías judiciales, dependiendo de si se trata o no de hechos de corrupción. Una especie de termómetro que sube o baja de acuerdo a esta circunstancia. Como si fuese posible regular cuánto derecho tiene una persona a su libertad, si se respeta el principio de inocencia, o en qué medida correspondería el goce de las garantías judiciales, como el principio de imparcialidad del juez, la defensa en juicio, etc.

Ahora bien, como señala Sancinetti las garantías constitucionales no son disponibles y a su entender en el delito de enriquecimiento ilícito hay un amplio “Derecho Penal del Enemigo”.¹⁴ En un sentido similar, Mirentxu Corcoy Bidasolo sostiene que la coexistencia de dos Derechos penales: el del ciudadano y el de los “no personas” o el Derecho Penal del Enemigo conlleva la crisis de las garantías procedentes del Estado de Derecho y la quiebra de los principios de igualdad y proporcionalidad del Derecho Penal.¹⁵ También la existencia de un derecho penal de excepción ha sido extensamente objetado por autores como Ferrajoli, quien considera que en el *subsistema penal de excepción* existe una *alteración*

¹⁴ Sancinetti, Marcelo, *ob. cit.*, p. 211.

¹⁵ Corcoy Bidasolo, Mirentxu. “Sistemas de penas y líneas político-criminales de las últimas reformas del Código Penal. ¿Tiene el Derecho Penal hacia un ‘Derecho Penal de dos velocidades’?”, en *Derecho Penal del Enemigo*, Cancio Meliá, Manuel y Gómez-Jara Díez, Carlos (coords.), B de F, Madrid, 2006, v. 1, p. 383.

de las fuentes de legitimación.¹⁶ Para Perfecto Andrés Ibañez existe un *régimen procesal de excepción* que se traduce un franco deterioro de la calidad del ejercicio de la jurisdicción, por un “*peligro efecto de contaminación cultural, o mejor subcultural*”.¹⁷

El tratamiento especial para las personas imputadas de cometer hechos de corrupción, con todas sus graves consecuencias, es una clara demostración de un derecho penal de excepción. Y por el simple hecho de ejercer la función pública no es posible renunciar a derechos fundamentales, y a las garantías que aseguran el goce de esos derechos. No surge de ninguna normativa internacional que haya que restringirlos o anularlos. El Derecho Penal del Enemigo es una cuestión que ha sido ampliamente objetada en España,¹⁸ y las reflexiones ya hechas encajan perfectamente en las cuestiones que señalo respecto de los funcionarios públicos.

Todo lo cual conducirían a reflexionar sobre el verdadero alcance que deberían tener aquellos principios y valores de la comunidad internacional, y que jamás podrían gravitar por sobre el ejercicio de los derechos fundamentales de las personas.

Entiendo además, que la incompatibilidad con derechos fundamentales produce una fragilidad del sistema que permite un uso discrecional de este derecho de excepción, lo que se podría traducir en condenar conductas que no resultarían una concreta afectación al bien jurídico administración pública, o por el contrario absolver en casos que sí lo serían, pero por las deficiencias del sistema (cuando se constate en concreto la incompatibilidad con algún derecho fundamental) no es posible la aplicación de norma alguna.

Por último, también resultaría oportuno interrogarse: ¿De dónde provienen esos principios y valores internacionales? Esto, considerando el impacto que tienen sobre los derechos y garantías de las personas.

En el caso de las convenciones emitidas por organismos internacionales como Naciones Unidas o la Organización de Estados Americanos, no generaría tantas inquietudes, ya que todos los Estados alcanzados por sus normas han tenido la posibilidad de participar –de algún modo– en la gestación de esos instrumentos.

Ahora bien, el caso de la normativa internacional emanada por la OCDE genera ciertos cuestionamientos, si se considera que la conformación del organismo no consiste en una actividad entre Estados pares, sino más bien hay cierta supremacía de algunos países sobre otros que emiten normas a medida de sus intereses. Esta cuestión excede este trabajo pero resulta importante la consideración, teniendo en cuenta el impacto que produce la incorporación de este tipo de normas internacionales a nuestro sistema legal.

¹⁶ Ferrajoli, Luigi. *Derecho y razón*, Trotta, Madrid, 1995, pp. 807 y ss.

¹⁷ Perfecto, Andrés Ibañez, *Justicia penal, derechos y garantías*, Palestra, Lima, 2007, p. 148.

¹⁸ Cancio Meliá, Manuel, *ob. cit.*, p. 341.

Bibliografía:

Doctrina:

Corcoy Bidasolo, Mirentxu. “Sistemas de penas y líneas político-criminales de las últimas reformas del Código Penal. ¿Tiende el Derecho Penal hacia un ‘Derecho Penal de dos velocidades’?”, en *Derecho Penal del Enemigo*, Cancio Meliá, Manuel y Gómez-Jara Díez, Carlos (coords.), B de F, Madrid, 2006, v. 1.

Ferrajoli, Luigi. *Derecho y razón*, Trotta, Madrid, 1995.

Perfecto, Andrés Ibáñez, *Justicia penal, derechos y garantías*, Palestra, Lima, 2007.

Sancinetti, Marcelo, *El delito de enriquecimiento ilícito de funcionario público*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2014.

Jurisprudencia:

CNCP, Sentencia del 19 de febrero de 2019, Registro n° 100/19.4.

CNCP, Sentencia del 6 de septiembre de 2004, Causa n° 5539.

Legislación:

Ley 23.054 de Aprobación del Pacto de San José de Costa Rica, B.O. del 19/03/1984.

Ley 24.759 de Aprobación de la Convención Interamericana contra la Corrupción, B.O. del 13/01/1997.

Ley 25.319 de Aprobación de la Convención sobre la Lucha contra el Cohecho de Funcionarios Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales. B.O. del 6/10/2000.

Ley 26.097 de Aprobación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, B.O. del 6/06/2006.

Artículos del Código Penal:

Arts. 76bis, 77, 106 y 303.

Instrumentos internacionales:

Asamblea General de las Naciones Unidas, Res. 3514, 15 de diciembre de 1974.

