



FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
Universidad Nacional del Litoral
Secretaría de Posgrado

María Carolina Castagno

***El delito de enriquecimiento ilícito
de funcionarios públicos como especie
diferenciada de corrupción punible***

CARRERA: MAESTRÍA EN DERECHO PENAL
Santa Fe - Argentina
Curso 2013/2016

ÍNDICE

EL DELITO DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO DE FUNCIONARIOS PÚBLICOS COMO ESPECIE DIFERENCIADA DE CORRUPCIÓN PUNIBLE

INTRODUCCIÓN..... 5

CAPÍTULO PRIMERO

EL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

1. Planteamiento del problema: marco conceptual7
2. Enunciación de la hipótesis de trabajo 17
3. Objetivos de investigación
 - 3.1. Objetivo general 18
 3. 2. Objetivos específicos 18
4. Justificación de la investigación 19
5. Diseño metodológico 20

CAPÍTULO SEGUNDO

LA CORRUPCIÓN

1. La corrupción: concepto y sus elementos constitutivos 22
2. La corrupción como forma de agresión delictiva 26
3. La lucha contra la corrupción pública: Convenciones internacionales 28

4. Programa político criminal de la Constitución Argentina respecto a la lucha contra la corrupción pública: en particular respecto al Enriquecimiento ilícito de funcionarios públicos	38
---	----

CAPÍTULO TERCERO

EL DELITO DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO DE FUNCIONARIOS PUBLICOS

1. Antecedentes: el texto legal	42
2. Constitucionalidad de la figura: Sus cuestionamientos	47
3. Bien jurídico tutelado	59
4. Estructura típica de la norma del <i>art. 268 (2) Código Penal Argentino</i>	
4.1. Tipo objetivo: la acción típica: posiciones doctrinarias	63
4.1.1. Tesis de la omisión	64
4.1.2. Tesis del delito complejo	70
4.1.3. Tesis de la no justificación como condición de punibilidad	72
4.2. Tipo subjetivo	74

CAPÍTULO CUARTO

EL DELITO DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO DE FUNCIONARIOS PÚBLICOS:

SU POSIBLE REFORMA LEGISLATIVA

1. Análisis crítico de las posiciones doctrinarias que definen la acción típica del delito de Enriquecimiento ilícito de funcionarios públicos: toma de posición	76
--	----

2. Posible reforma legislativa	86
3. Cambio legal: la reforma propuesta	93
3.1. Elementos fundamentales de la figura delictual	
3.1.1. Destinatarios de la norma	94
3.1.2. El incremento del patrimonio	95
3.1.3. Determinación temporal del enriquecimiento ilícito	96
CONCLUSIONES	98
BIBLIOGRAFÍA GENERAL	102
OTRAS FUENTES DE CONSULTA	
1. Legislación	106
2. Proyectos legislativos	106
3. Fallos	107

ABREVIATURAS

art./arts.	artículo (s)
C.A.D.H.	Convención Americana de Derechos Humanos
Cám. Crim.	Cámara del Crimen
C.I.C.C.	Convención Interamericana contra la corrupción
C.N.U.C.C.	Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción
Cód. Penal	Código Penal
cfr.	confrontar
cit.	citado
Const. Nac.	Constitución Nacional
CSJN	Corte Suprema de Justicia de la Nación
ed.	edición, editor, editado, editorial
F°	folio
inc./incs.	Inciso (s)
N°	número
OEA	Organización de Estados Americanos
pág./págs.	página (s)
párr.	párrafo
UIF	Unidad de información financiera

INTRODUCCIÓN

La crisis institucional y política que se observa en la realidad de los países latinoamericanos, de la cual no es ajena la Argentina, obedece en gran medida a los numerosos casos de corrupción que se registran en los últimos años, donde es moneda corriente observar como los funcionarios públicos usan de modo generalizado las instituciones con fines de enriquecimiento personal.

En efecto, el fenómeno de la corrupción pública ha existido en todos los tiempos con indiferencia del modelo de Estado, pues ha afectado a todos los sistemas políticos, sin que interese cual fuere su modelo de organización política ni su ideología. Si hay algo que resulta un lugar común son los hechos de ésta naturaleza, más allá que existen ámbitos que son más propicios que otros a la corrupción, como lo es el sistema democrático, el cual se presenta como un escenario favorable para la corrupción, pues con su establecimiento se registró un aumento significativo, donde todos hemos sido testigos de la proliferación de conductas delictivas relacionadas a la corrupción funcional y el consecuente surgimiento de grandes fortunas de funcionarios inescrupulosos y sus testaferros que conmociona a toda la sociedad.

La corrupción es un fenómeno complejo y ello obedece a las múltiples causas que confluyen para su gestación o favorecimiento, ya sean factores económicos, sociales, institucionales, políticos o educacionales, que explican la variación de los niveles de corrupción en los distintos países, pues son elevados en la actualidad y tienden a expandirse, al presentarse como una herramienta útil en pos de obtener determinados objetivos en todos los ámbitos, con una clara finalidad, conseguir ventajas o beneficios personales ya sea de carácter político, sociales o económicos; piénsese en el ejemplo, de un funcionario público que realiza distintos favores para mantener el apoyo político o bien para satisfacer sus deseos de enriquecimiento personal, todo ello con el consecuente detrimento del interés público, que evidencia la degradación de la función pública, con obvios efectos negativos para la sociedad que lo padece.

No debe perderse de vista, que éste flagelo no es privativo del ámbito público, sino también se da en el sector privado, pues ambos ámbitos se encuentran vinculados y sometidos a influencias recíprocas, al ser difícil que pueda darse una corrupción de la administración

pública que sea ajena al sector privado, más allá que tradicionalmente se presenta como un fenómeno que solo podía darse en aquel sector, ante funcionarios públicos inescrupulosos que utilizan el poder en su propio beneficio en violación del interés público.

Es que, cuando se habla de corrupción, nos estamos refiriendo al poder, en especial, al abuso de poder que se traduce en actos de venalidad, obtención de privilegios o apropiación, entre las diferentes variables posibles. En este contexto, el delito de *Enriquecimiento ilícito de Funcionarios y Empleados Públicos*, se presenta como una especie diferenciada de corrupción punible, si se entiende a la corrupción, conforme lo postula KINDHÄUSER como "una determinada forma de agresión con la que se puede vulnerar los más distintos intereses penalmente protegidos"¹.

En lo que sigue, me ocuparé de analizar el delito de *Enriquecimiento ilícito de Funcionarios y Empleados Públicos*, que ha receptado el legislador argentino, en la norma del *art. 268 (2) del Código Penal*, desde una mirada dogmática, para despejar los argumentos críticos que se le formulan, a su estructura típica, al considerar que no respeta el principio de legalidad ni el derecho penal de acto, por la indeterminación de la conducta prohibida, al no estar claro, si se trata de un delito de acción, omisión o complejo; amén de vulnerar garantías constitucionales, siendo su principal crítica, la posible colisión con el derecho a la presunción de inocencia en su vertiente de regla probatoria, al entender, que se pone en cabeza del imputado la obligación procesal de probar el origen legal de su enriquecimiento ilícito o cuanto menos que su condición es extraña a la función desempeñada, de tal modo que su falta de colaboración podría bastarle a la acusación para lograr una sentencia condenatoria.-

A fin de superar tales argumentos críticos, y en el convencimiento de que existe un entendimiento compatible con las garantías individuales del referido tipo doloso del *art. 268 (2) Código Penal*, el cual con la reforma constitucional del año 1994, sin lugar a dudas, ha tomado mayor energía, expondré el diseño de una propuesta tendiente a delimitar el contenido del tipo objetivo de la norma como marco de referencia legítimo para el dolo, para así propiciar una posible reforma legislativa.

¹ KINDHÄUSER, URS, "Presupuestos de la corrupción punible en el Estado, la economía y la sociedad. Los delitos de corrupción en el Código penal alemán", *Polit. crim*, n° 3, 2007, *Al*, p. 1-18, <http://www.politicacriminal.cl>.

CAPÍTULO PRIMERO

EL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA: MARCO CONCEPTUAL

La corrupción es un fenómeno complejo, que ha existido en todos los tiempos, el cual no se adscribe a un modelo de organización política, ni ideológica, siendo indiferente el modelo de Estado, más allá que existen ámbitos que son más propicios que otros a la corrupción, como lo es el sistema democrático, pues se presenta como el sistema político más vulnerable, al ser un escenario propicio para los comportamientos venales de los funcionarios públicos, tal como la realidad nos ha demostrado, ante el incremento exponencial de hechos de ésta naturaleza en el marco de dicho sistema, donde la Argentina es un claro ejemplo, y que evidencian que no ha sido un sistema capaz de eliminar éste flagelo o al menos limitarlo hasta límites aceptables.

La admisión del mandato libre de los legisladores y de la discrecionalidad de los jueces – *dos elementos esenciales de una democracia liberal* – confiere a los decisores parlamentarios y judiciales un ámbito sumamente amplio de libertad, el cual puede estar sometido a la influencia de quienes pretendan hacer valer ilegalmente sus intereses.

Tal como señala GARZON VALDÉS “*la supuesta correlación entre mayor democracia y menor corrupción o, lo que es lo mismo, entre dictadura y corrupción no es empíricamente sostenible. Es significativo que haya habido menos corrupción bajo Stalin que bajo los regímenes soviéticos o rusos subsiguientes y que las democracias occidentales abundan en ejemplos de corrupción gubernamental*”¹.

Los actos corruptos constituyen una muestra inequívoca de la deslealtad de los funcionarios hacia la institución donde éstos prestan servicios, pues con la pretensión de

¹ GARZON VALDES, ERNESTO, “Acerca del concepto de corrupción”, en F. Laporta y S. Álvarez (eds), *La corrupción pública*, Madrid, Alianza Editorial, 1997, p. 41.

conseguir alguna ventaja o beneficio personal incurren en violaciones a deberes institucionales, que entraña una clara deslealtad hacia el sistema democrático, piénsese en el ejemplo de un funcionario público que percibe coimas o dádivas para agilizar trámites o un funcionario con desempeño en el ámbito gubernamental que decide sobre la asignación de recursos.-

No debe perderse de vista, que éste fenómeno de la corrupción no es privativo del ámbito público, pues si bien tradicionalmente se vinculaba a un fenómeno que solo podía darse en dicho ámbito, en el caso de funcionarios públicos inescrupulosos que utilizan el poder en su propio beneficio en violación del interés público, en los últimos años el escenario internacional fue modificando esta concepción, debido en parte a convenios internacionales que postulan la necesidad de tipificar conductas de corrupción en el ámbito privado, requiriéndose de igual modo, que un agente privado pueda llevar a cabo la violación de un deber posicional, en virtud del papel social que desempeñe o de la posición que ocupe dentro del sistema normativo relevante, así el fenómeno de la corrupción del empresariado.

No obstante, y más allá de la importancia que reviste en la actualidad el fenómeno de la corrupción en el ámbito privado, atento al objetivo general planteado en éste trabajo, he de centrar la atención, en aquellos comportamientos corruptos que se manifiestan en el ámbito público.

La dimensión de éste flagelo ha sido calificada con solvencia por *GARZON VALDÉS*, quien en su obra "*Calamidades*"², al distinguir dos conceptos usados a diario como sinónimos, a saber "*catástrofe*", entendido como desastre provocado por causas naturales y "*calamidad*", entendida como desgracia, desastre o miseria que resulta de acciones humanas intencionales; califica precisamente a la corrupción como una de las "*calamidades*", es decir aquellos hechos adversos ocasionados por los hombres a diferencia de las catástrofes de la naturaleza, en sentido suicida para la convivencia.

Ahora bien, no todo acto de corrupción constituye un ilícito penal, ello dependerá del tratamiento que el derecho penal dé a los actos corruptos, siendo en éste punto interesante la afirmación realizada por *KINDHÄUSER* quien postula que la corrupción es "*una determinada forma de agresión con la que se puede vulnerar los más distintos intereses penalmente*

² *GARZON VALDÉS, ERNESTO, "Calamidades", Barcelona, Ed. Gedisa, 2009.*

protegidos"³, y así sostiene que la corrupción, como tal, no es un delito autónomo y, por consiguiente, tampoco pueda formularse un tipo penal general del delito de corrupción. Ello demanda demostrar en cada caso que el autor con su comportamiento haya puesto en peligro o lesionado por vía de la corrupción un bien digno de tutela.

La posibilidad de corrupción en cuanto "*modo de ataque*" se presenta en forma amenazante, en el delito de *Enriquecimiento ilícito de Funcionarios Públicos*, pues una de las conductas que afectan más gravemente la convivencia de los ciudadanos es el fenómeno de que sus servidores públicos se enriquezcan de modo ilícito en la función y la impunidad de los mismos por la cercanía con el poder.

En la doctrina se han esbozados diversos argumentos críticos en torno al delito de *Enriquecimiento ilícito de Funcionarios y Empleados Públicos*, que recepta la norma del *art. 268 (2) del Código Penal* en el derecho penal argentino; a saber, aquellos que cuestionan su estructura típica, al considerar que no respeta el principio de legalidad ni el derecho penal de acto, por la indeterminación de la conducta prohibida, por violar el principio de inocencia y desconocer el principio *nemo tenetur*, éste último, entendido como la prohibición de declarar contra sí mismo, pilares del sistema constitucional penal de un Estado de Derecho (*arts. 18 y 33 Const. Nac. y 8 y 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*).

Asimismo, se ha sostenido que el delito bajo análisis vulnera garantías constitucionales como el debido proceso, la defensa en juicio y el estado de inocencia, al poner en cabeza del imputado la obligación procesal de probar el origen legal de su enriquecimiento patrimonial o cuanto menos que su condición es extraña a la función desempeñada, partiendo de éste modo la incriminación de una presunción de culpabilidad.

Es un clásico en ésta materia, la posición del profesor *Marcelo SANCINETTI*, quien con su habitual profundidad y rigor dogmático se ha ocupado del tema y postula la inconstitucionalidad del tipo penal descrito en el norma de mención, y considera que se trata de un tipo de "*recogida*", es decir, para penar delitos contra la administración pública que no le hayan podido ser probados al funcionario público⁴.

³ KINDHÄUSER, URS, "*Presupuestos de la corrupción punible en el Estado, la economía y la sociedad. Los delitos de corrupción en el Código penal alemán*", *Polit. crim*, n° 3, 2007, *Al*, p. 1-18, <http://www.politicacriminal.cl>.

⁴ SANCINETTI, MARCELO A., "*El delito de enriquecimiento ilícito de funcionario público – art. 268, 2, C.P. – Un tipo penal violatorio del Estado de Derecho*", ed. *Ad.Hoc*, Buenos Aires, 1994.

En efecto, se sostiene que al ser requerido el funcionario por su enriquecimiento durante su función y no poder probar su licitud, se establece una presunción de que se ha enriquecido ilegalmente cometiendo ciertos delitos contra la administración pública. De ahí, que de valorarse en su contra el silencio u obligándolo a colaborar con la acusación, se violaría la garantía constitucional, de que nadie está obligado a declarar contra sí mismo, que consagra el *art. 18 de la Const. Nacional*, tratándose de una presunción, a saber, que el funcionario ha cometido un hecho determinado contra la administración pública.

En este contexto, se plantean las siguientes cuestiones a resolver, si el tipo descrito en la norma del *art. 268 (2) del Código Penal* que recepta el delito de *Enriquecimiento ilícito de Funcionarios y Empleados Públicos* en el derecho penal argentino, supera las objeciones que se le formulan a su estructura típica y sus cuestionamientos acerca de su constitucionalidad, para así determinar, y en esto reside el eje de la presente tesis, titulada "*El delito de Enriquecimiento ilícito de Funcionarios Públicos como especie diferenciada de corrupción punible*", si el tipo objetivo que presenta tal norma es legítimo, válido como marco de referencia del dolo para fundamentar un hecho punible, constituyendo una especie diferenciada de corrupción punible, al entender ésta como una forma de agresión a un bien jurídico penalmente protegido.

Ello impone analizar cuál es el bien jurídico tutelado por la norma, aspecto en relación al cual no existe consenso doctrinario. Existe una postura clásica que es consecuente con la ubicación sistemática del delito en el Código Penal, dentro del *Título II*, dedicados a los delitos contra la *Administración Pública*, entre ellos *Carlos CREUS*, que sostiene que el objeto de tutela es la protección de la imparcialidad de los órganos de la Administración Pública frente a terceros, sobre todo cuando se la ve atacada por quienes utilizan los poderes propios de la función para lucrar y/o permitir beneficios a terceros⁵.

Sin embargo y a propósito de la búsqueda de un valor jurídico superior, se postula que el tipo penal tutela la imagen de la función pública, es decir, el tipo penal no busca reprimir el acrecentamiento patrimonial indebido del funcionario público, sino por el contrario la imagen de "*transparencia*", "*gratuidad*" y "*probidad de la administración pública*".

En ese sentido *De Luca* y *López Casariego*, han sostenido que el bien jurídico, y lo que se encuentra en cuestión es la "*... imagen de transparencia, gratuidad y probidad de la*

⁵ CREUS, CARLOS, "*Derecho Penal, Parte Especial, T II, 6ta. edición Astrea, Buenos Aires, 1997, p. 310.*

administración y de quienes la encarnan ...”; en consecuencia, afirman que “... aunque un funcionario se haya enriquecido lícitamente, por ejemplo, ganó la lotería o recibió una herencia, el no justificarlo lesiona el bien jurídico, porque todos los administrados al percibir por sí mismos el cambio sustancial en el patrimonio del funcionario se representarán – fundada o infundadamente – que está originado, entendiéndose indebidamente originado, en su actividad pública y, por ende, que los perjudica, ya que la administración pública tiene su única razón de existencia (objeto y fin) y sustento (económico a través de los tributos) en los ciudadanos”⁶.-

Con la reformulación constitucional que se ha operado a partir de la reforma de 1994 y la posterior inclusión de normas internacionales con rango constitucional, deviene evidente, que el sentido del bien jurídico protegido se encuentra en la exigencia puesta en cabeza de los funcionarios de mantener conductas probas, transparentes y austeras.-

El principio republicano manda que los funcionarios deban tener una conducta transparente y que los ciudadanos puedan conocer de qué viven, es decir, cómo se han enriquecido, empobrecido o mantenido. Porque se debe contar con su probidad, su honradez y ésta es la imagen que reflejan cuando el origen o conformación de sus patrimonios es claro. Nada impide que un funcionario se enriquezca durante su función, en tanto y en cuanto declare sus ingresos, no existan incompatibilidades funcionales y/o sea autorizado por la administración a contar con otros distintos ingresos.-

Existe un importante sector doctrinal que defiende enfáticamente la constitucionalidad de la figura, que con la reforma constitucional del año 1994 ha tomado mayor energía. En efecto, la ampliación de la normativa de la Constitución Nacional a través de la introducción de un *Capítulo Segundo* en la *Primera Parte*, definido como “*Nuevos derechos y garantías*” cuyo objetivo es procurar la defensa del ordenamiento democrático mediante la vigencia constitucional con la advertencia de que su alteración torna de aplicación la pena del *art. 29 Const. Nac.*, el cual fulmina con nulidad absoluta tales actos y conmina con la grave pena de infames traidores de la patria a sus autores.

El agregado del nuevo párrafo quinto del *art. 36 Const. Nac.* reza que “... *Atentará*

⁶ DE LUCA JAVIER AUGUSTO y LOPEZ CASARIEGO JULIO E., “Enriquecimiento Patrimonial de Funcionarios, su no justificación y problemas constitucionales”, en *Revista de Derecho Penal – 2004-2 –*, “Delitos contra la Administración Pública II”, Rubinzal-Culzoni Editores, p. 125/126.

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”.

Sin lugar a dudas el capítulo que recepta el delito de *Enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados públicos* en el Código Penal, ha adquirido un nuevo carácter con motivo de la incorporación a la Constitución Nacional del citado *art. 36*; siendo de particular relevancia en esta materia, el reciente fallo dictado por la Sala IV de la Cámara Federal de Casación Penal, de fecha 29.08.2018⁷ que declaró la imprescriptibilidad de los delitos de corrupción, acudiendo a una interpretación gramatical del *art. 36 Const.Nac.*, para así determinar que la Constitución reconoce la realidad de este tiempo en que la corrupción atenta contra la República y sus instituciones (*art. 36 quinto párrafo Const. Nac.*) como en el siglo pasado fueron considerados los golpes de Estado (*art. 36 primer y tercer párrafo Const. Nac.*) y en el anterior la adjudicación de la suma del poder público (*art. 29 Const. Nac.*), por tanto los graves hechos de corrupción atentan contra la democracia del mismo modo en que lo hacen otros atentados, y que al no haberse establecido constitucionalmente diferencias, éste supuesto de atentado contra el sistema tiene las mismas consecuencias jurídicas establecidas por el constituyente que impiden la prescripción, el indulto y la conmutación de penas, destacando que no es posible incurrir en una percepción ingenua ni en una mirada sesgada de la real dimensión que tienen los graves hechos de corrupción cometidos contra el Estado.

No puede soslayarse la preocupación en la legislación comparada sobre previsión de normas administrativas que establezcan deberes positivos y negativos sobre lo que se ha llamado "*ética pública*", es decir, la transparencia, probidad y honestidad de los funcionarios públicos, entre los cuales se encuentra siempre el de informar pormenorizadamente el origen y evolución del patrimonio, con la tipificación como ilícito ante su quebrantamiento.

En nuestro derecho, dicha preocupación se refleja no solo en la previsión constitucional en la reforma del año 1994, puntualmente en el citado *art. 36 Const. Nac.*, del enriquecimiento ilícito como atentado al sistema democrático, que hace visible uno de los

⁷ Cámara Federal de Casación Penal, Sala IV, 29.08.2018, "*COSSIO, Ricardo Juan Alfredo y otros S/Recurso de Casación*" – Registro N° 1075/18, <https://www.cij.gov.ar>.

males más insidiosos de las democracias, como lo es la corrupción administrativa ; sino en la llamada "*cláusula ética*", el deber del legislador de sancionar una ley de ética pública para el ejercicio de la función y que derivó en la sanción de la *Ley 25.188*.-

Mediante la *Ley N° 24.759 (1997)* se aprobó la "*Convención Interamericana contra la corrupción*", es decir con jerarquía constitucional, que entre sus "*medios preventivos*" para evitar la corrupción prevé sistemas de declaración y publicidad de los ingresos activos y pasivos de quienes desempeñen funciones públicas (*art .III, p.4*), y que como "*acto de corrupción*" prevé al "*enriquecimiento ilícito*", comprometiéndose los Estados partes "... *Con sujeción a su Constitución y a los principios fundamentales ...*" a tipificarlo como delito, definiéndolo como "... *incremento del patrimonio de un funcionario público con significativo exceso respecto de sus ingresos legítimos durante el ejercicio de sus funciones y que no pueda ser razonablemente justificado por él*" (*art. IX*)⁸.-

A su vez mediante la *Ley N° 26.097* el Congreso Nacional aprobó la "*Convención Internacional de las Naciones Unidas contra la Corrupción*" celebrada en New York en el año 2003 que entre sus antecedentes expresamente refiere a la Convención Interamericana citada, y donde los Estados parte se comprometen a tipificar el delito de Enriquecimiento ilícito, con idéntica redacción a nuestra norma (*art. 20*)⁹.-

Tanto en esta Convención como detrás de la reforma penal que incorporó el delito de *Lavado o Blanqueo de Activos de Origen Delictivo - Ley N° 25.246 y sus modificatorias Leyes N° 26.087 y 26.683*¹⁰- se menciona a los delitos derivados de la corrupción funcional, junto a la criminalidad organizada y económica, como deletéreos para el futuro de las sociedades democráticas, son tenidos como antecedentes del lavado, y mencionados expresamente en el *art.6* de la citada Ley en la creación de la Unidad de información financiera (UIF).-

⁸ *Ley N° 24.759 publicada en el Boletín Oficial del 17.01.1997, Número 28566, Página 1, texto actualizado, InfoLEG, Información legislativa, servicios.infoleg.gob.ar.*

⁹ *Ley N° 26.097 publicada en el Boletín Oficial del 09.06.2006, Número 30923, Página 1, InfoLEG, Información legislativa, servicios.infoleg.gob.ar.*

¹⁰ *Ley N° 25.246 publicada en el Boletín Oficial del 10.05.2000, Número 29395, Página 1, InfoLEG, Información legislativa, texto actualizado de la norma, servicios.infoleg.gob.ar.*

La ley N° 25.188¹¹ ratificó el tipo del *art. 268 (2) Código Penal* aumentando la pena de inhabilitación a perpetua, adicionando como pena conjunta la de multa del cincuenta por ciento del valor del enriquecimiento, aclarando que también se entenderá como subsumible típicamente la cancelación de pasivos del funcionario; fijando un límite temporal hasta dos años después del cese del cargo; eliminando la cláusula anterior del secreto de la prueba, y previendo en un tipo siguiente (*art.268(3) Cód. Penal*) la omisión o falseamiento de la declaración jurada patrimonial.

Ello así, y al no existir discusión acerca de la prevalencia normativa de los convenios internacionales, la posición doctrinaria que defiende enfáticamente la constitucionalidad de la figura cobra un absoluto protagonismo.

Es que la comunidad internacional en este proceso de uniformización convencional frente a ciertas conductas ilícitas que trascienden lo local, ha entendido al igual que nuestra comunidad democrática desde el Proyecto de 1960, que una de las conductas que afectan más gravemente la convivencia de ciudadanos, es el fenómeno de que sus servidores públicos se enriquezcan de modo ilícito en la función.-

Es el Orden Jurídico el que insiste en mantener dichas normas como determinantes de la identidad social, conservando la denominación de delito para las mismas; ya en los debates parlamentarios y en los antecedentes del *art.268 (2) Cód. Penal*, se destacó en todo momento los deberes especiales de quienes acceden a una función pública: la competencia institucional, basta acudir a las palabras de *Soler* en el mensaje del proyecto de 1960 - *art.326 inc.d* –, para robustecer esta posición.

La consagración legislativa de este tipo penal se dice, representa la culminación, y hasta la coronación, del esfuerzo de un Estado democrático y republicano en su pretensión de obturar todo resquicio por donde pueda filtrarse la corrupción funcional¹², pues existe un deber positivo del funcionario atento al rol que desempeña en la estructura social, de transparentar sus ingresos y evolución económica, como su deber negativo de no enriquecerse con la función.-

¹¹ Ley N° 25.188 publicada en el Boletín Oficial del 01.11.1999, Número 29262, Página 1, InfoLEG, Información legislativa, servicios.infoleg.gob.ar.

¹² VIDAL, HUMBERTO S., citado por CABALLERO, José Severo, "El enriquecimiento ilícito de los funcionarios y empleados públicos (después de la reforma constitucional de 1994), en L.L. 1997-A-793.

Queda claro, que el clamor popular de represión de éstas conductas en modo alguno puede justificar una eventual violación de la Constitución Nacional, por ello a la hora de resolver los problemas interpretativos que presenta éste delito, atento a la confusa redacción que presenta el tipo penal, se debe acudir a un análisis dogmático de la figura y no de conveniencia política.

En la dogmática tradicional de nuestro ámbito existen distintas posturas, pues no existe acuerdo, si se está en presencia de un delito de acción, omisión o complejo, la Ley solo describe la consecuencia dada por una diferencia patrimonial que objetivamente aparece como injustificada e impone un deber, más allá que de todas las posturas se extraen argumentos contundentes en pro del rechazo de la supuesta inconstitucionalidad, a saber:

a) *Tesis de la omisión*, en la cual se inscribe *CREUS*¹³: según ésta posición se trata de un *delito de omisión*, siendo lo constitutivo del ilícito el “no justificar el enriquecimiento apreciable”, por tanto el verbo típico es el de “no justificar”.

b) *Tesis del delito complejo* sostenida por quien fue el mentor de la figura – *Ricardo NUÑEZ*¹⁴ -, según la cual el tipo penal sería complejo, integrado tanto por la conducta que conduce al enriquecimiento como por la omisión posterior. Por tanto comprende: enriquecimiento, como acto positivo y deber de justificar, como omisión y explica que “... Sin enriquecimiento apreciable no puede haber requerimiento y, por consiguiente, deber de justificar.-Pero existiendo enriquecimiento solo el requerimiento impone ese deber”¹⁵.

c) *Tesis de la no justificación como condición de punibilidad* sustentada por *FONTAN BALESTRA*¹⁶, ésta posición ve lo constitutivo del ilícito en el acto comisivo por el cual el funcionario se enriquece, en consecuencia la acción típica consistiría en “enriquecerse ilícitamente” con los fondos públicos prevaleciéndose del cargo, siendo la falta de justificación posterior una condición objetiva de punibilidad a los fines de la sanción. Esta opinión fue seguida con una ligera modificación por *Horacio MALDONADO* quien considera que el requerimiento es una mera condición de procedibilidad.

¹³ *CREUS, CARLOS, "Delitos contra la Administración Pública", ed. Astrea, Buenos Aires, 1981, pág. 417 y sig.; idem en "Derecho Penal Parte Especial", T. II, 6ta. edición, Astrea, Buenos Aires, 1997, pág. 313 y sig.*

¹⁴ *NUÑEZ, RICARDO, "Tratado de Derecho Penal", T. V-Vol II, ed. Lerner, Córdoba, 1992, pág. 140 y sig.*

¹⁵ *NUÑEZ, Op. cit. pág. 144 y sig.*

¹⁶ *FONTAN BALESTRA, C., "Tratado de Derecho Penal", T. VII, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1971, pág. 322 y sig..*

Es el aspecto normativo de la evolución de nuestra sociedad el que persuade de que existe un entendimiento compatible con las garantías individuales del referido tipo doloso del *art. 268 (2) Cód. Penal*, no obstante atento a los problemas interpretativos que presenta la norma, estimo sería auspicioso delimitar el contenido del tipo objetivo de la norma como marco de referencia legítimo para el dolo, tendiente a superar las objeciones que se formulan a su estructura típica y sus cuestionamientos acerca de su constitucionalidad.

A fin de alcanzar tal objetivo, como propuesta, he de postular una posible reforma legislativa de la norma del *art. 268 (2) Cód. Penal* que tipifica el delito de “*Enriquecimiento ilícito de Funcionarios y Empleados Públicos*” en el derecho penal argentino, consistente en extraer del ámbito de la tipicidad “*la no justificación*” de la procedencia del enriquecimiento patrimonial apreciable posterior a la asunción del cargo al ser debidamente requerido, que describe la norma, en sintonía con la voluntad del legislador constitucional y convencional contra la corrupción.

Ello permitirá superar aquellos argumentos críticos, que sostienen que el delito bajo análisis vulnera garantías constitucionales, por tratarse de una injustificable obligación de probar inocencia, al poner en cabeza del imputado la obligación procesal de probar el origen legal de su enriquecimiento patrimonial o cuanto menos que su condición es extraña a la función desempeñada, partiendo de éste modo la incriminación de una presunción de culpabilidad, desconociendo el principio *nemo tenetur*, éste último, entendido como la prohibición de declarar contra sí mismo, pilares del sistema constitucional penal de un Estado de Derecho (*arts. 18 y 33 Const. Nac. y 8 y 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*).

En efecto, al no integrar la llamada “*justificación*” el tipo penal, aquella queda exclusivamente reservada a la voluntad del imputado, quien decidirá si brinda tal explicación en su defensa frente a la acusación que se le formule en el marco de un proceso penal, cuyo silencio en modo alguno puede ser valorado en su contra, al constituir en definitiva el ejercicio de una clara garantía constitucional.

Así, el tipo estaría destinado a incriminar aquellos actos que aumenten considerablemente el patrimonio de los funcionarios y empleados públicos, siendo lo constitutivo del ilícito el acto comisivo por el cual el funcionario se enriquece de modo incompatible con la evolución normal del haber funcional, como acto positivo, lo cual se determinará mediante la comparación entre el patrimonio declarado originariamente previo a

la asunción del cargo conforme el deber de transparencia y lo acrecentado con posterioridad, pues cuando esta comparación arroje una conclusión absolutamente incompatible con los ingresos de la función, ya se realiza el ilícito, no afectándose así el mandato de legalidad.

En efecto, el funcionario al asumir un cargo público tiene un *deber positivo* que lo obliga, que es el deber de transparencia, de declarar de forma pormenorizada sus bienes (activo y pasivo), tanto como persona física como su participación en entes societarios, y a informar toda evolución patrimonial, mientras dure dicho rol institucional; el cual se completa con una prohibición - *deber negativo* -: la de enriquecerse ilícitamente de un modo grave, es decir, no acorde a la evolución normal del haber funcional.-

De esta forma, se estaría ante aquellos tipos de "*valoración global*" que estudió Roxin¹⁷, ya que la tipicidad contiene todo el juicio de injusto, tiene "adelantada" la antijuridicidad, quien se enriquece de modo incompatible con sus ingresos y habiendo quebrantado su deber positivo de transparencia -*declaración pormenorizada* -, ya realizó el ilícito.

2. ENUNCIACIÓN DE LA HIPÓTESIS DE TRABAJO

El delito de *Enriquecimiento ilícito de Funcionarios y Empleados Públicos* constituye una especie diferenciada de corrupción punible, cuya estructura típica genera problemas de interpretación, pues no está claro si se trata de un delito de acción, omisión o complejo, amén de cuestionamientos acerca de su constitucionalidad, al poner en cabeza del imputado la obligación procesal de probar el origen legal de su enriquecimiento patrimonial o cuanto menos que su condición es extraña a la función desempeñada, extremo que puede superarse mediante una reforma legislativa de la norma que contempla el delito en el derecho penal argentino - *art. 268 (2) del Cód. Penal* - en sintonía con la voluntad del legislador constitucional y convencional contra la corrupción, consistente en extraer del ámbito de la tipicidad "*la no justificación*" de la procedencia del enriquecimiento patrimonial apreciable posterior a la asunción del cargo al ser debidamente requerido, que describe la norma, dejando aquella reservada exclusivamente a la voluntad del imputado, conforme lo he de clarificar en el presente trabajo.-

¹⁷ ROXIN, CLAUDIA, "Derecho Penal. Parte general", Tomo I, traducción de la 2ª edición alemana, editorial Civitas, Madrid, 1997, p. 300.-

3. OBJETIVOS DE INVESTIGACIÓN

3.1 - OBJETIVO GENERAL

Mostrar el sustento doctrinario y normativo del delito *Enriquecimiento ilícito de Funcionarios y Empleados Públicos*, bajo el derecho penal argentino (*art. 268 (2) Cód. Penal Argentino*) a los efectos de elaborar una propuesta que delimite el contenido del tipo objetivo de la norma como marco de referencia legítimo para el dolo, tendiente a superar las objeciones que se formulan a su estructura típica y sus cuestionamientos acerca de su constitucionalidad, consistente en extraer del ámbito de la tipicidad “*la no justificación*” de la procedencia del enriquecimiento patrimonial apreciable posterior a la asunción del cargo al ser debidamente requerido, que describe la norma, dejando aquella reservada exclusivamente a la voluntad del imputado, para así auspiciar una posible reforma legislativa, en sintonía con la voluntad del legislador constitucional y convencional contra la corrupción.

3.2 - OBJETIVOS ESPECÍFICOS

- Analizar el concepto de corrupción, sus distintas definiciones y elementos constitutivos.-
- Estudiar el significado de la corrupción como forma de agresión delictiva con entidad para vulnerar intereses penalmente protegidos.-
- Relevar los criterios político-criminales de la Constitución Argentina y los pactos internacionales respecto de la lucha contra la corrupción pública.
- Analizar si los postulados políticos criminales de la Constitución Nacional admiten, junto a la antijuridicidad general, la tipificación como ilícito penal del enriquecimiento ilícito funcional.
- Revisar las objeciones que se le formulan a la estructura típica del delito de Enriquecimiento ilícito de Funcionarios públicos y sus cuestionamientos acerca de su constitucionalidad.
- Explorar cuál es el sentido del texto del *art. 268 (2) del Cód. Penal*, que recepta el delito de “*Enriquecimiento ilícito de Funcionarios y Empleados Públicos*” en el derecho penal

argentino, a fin de determinar cuál es el bien jurídico tutelado por la norma en consonancia con el bien jurídico del título dentro del cual se ubica sistemáticamente en el Código Penal y de la Constitución Nacional.-

- Reexaminar la estructura típica del delito de *Enriquecimiento ilícito de Funcionarios y Empleados Públicos*, bajo el derecho penal argentino, a fin de determinar cuáles son las exigencias típicas que reclama la figura desde el tipo objetivo como subjetivo del injusto para fundamentar un hecho punible.-

- Analizar las distintas posturas existentes en la dogmática de las cuales se extraen argumentos contundentes en pro del rechazo de la supuesta inconstitucionalidad y así refutar los diversos argumentos críticos.

- Releva los precedentes jurisprudenciales en los que se desestimó el argumento de la invalidez constitucional de la figura de *Enriquecimiento ilícito de Funcionarios y Empleados Públicos*.

- Analizar la viabilidad de una posible reforma legislativa de la norma del *art. 268 (2) Código Penal Argentino* en sintonía con la voluntad del legislador constitucional y convencional contra la corrupción, consistente en extraer del ámbito de la tipicidad “*la no justificación*” de la procedencia del enriquecimiento patrimonial apreciable posterior a la asunción del cargo al ser debidamente requerido, que describe la misma, dejando aquella reservada exclusivamente a la voluntad del imputado.-

4. JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN

El motivo de la presente investigación radica en la profunda preocupación existente ante un problema de innegable trascendencia político-criminal, como lo es la corrupción funcional y en particular el delito de *Enriquecimiento ilícito de funcionarios públicos*, como especie diferenciada de corrupción penalmente relevante, que reviste especial gravedad en la realidad de la Argentina.

Quien a diario se informa se encuentra con titulares acerca de casos de corrupción donde se encuentran involucrados funcionarios públicos cuyos patrimonios se han visto acrecentados de manera exorbitante, grandes fortunas acumuladas no acorde con la evolución normal de su haber funcional que conmociona a la ciudadanía, pues es intolerable observar como funcionarios inescrupulosos transforman la función pública en una fuente segura de

enriquecimiento y fortuna.-

De ahí la relevancia y la pertinencia del presente análisis, pues a partir de la profundización del estudio de la temática seleccionada permitirá contribuir a dar respuestas a los numerosos interrogantes que suscitan en la doctrina como consecuencia de los problemas interpretativos que presenta la norma del *art. 268 (2) Cód. Penal*, que recepta en el Derecho Penal Argentino el delito de *Enriquecimiento ilícito de funcionarios públicos* y los cuestionamientos acerca de su validez constitucional, que se evidencia en las distintas discusiones jurídicas que se generan en torno a ésta figura, ya sea en virtud de nuevas publicaciones de artículos de doctrina o a raíz del dictado de sentencias o bien ante el inicio de investigaciones judiciales que a diario asistimos en la realidad de nuestro país y que devela que la discusión sin lugar a dudas aún no está agotada.-

Pues bien, en ello radica el desafío de la presente investigación, y por ello el objetivo general planteado, consistente en mostrar el sustento doctrinario y normativo del delito *Enriquecimiento ilícito de Funcionarios y Empleados Públicos*, bajo el derecho penal argentino (*art. 268 (2) Cód. Penal Argentino*) a los efectos de elaborar una propuesta que delimite el contenido del tipo objetivo de la norma como marco de referencia legítimo para el dolo, tendiente a superar las objeciones que se formulan a su estructura típica y sus cuestionamientos acerca de su constitucionalidad, consistente en extraer del ámbito de la tipicidad “*la no justificación*” de la procedencia del enriquecimiento patrimonial apreciable posterior a la asunción del cargo al ser debidamente requerido, que describe la norma, dejando aquella reservada exclusivamente a la voluntad del imputado, para así auspiciar una posible reforma legislativa, en sintonía con la voluntad del legislador constitucional y convencional contra la corrupción.

5. DISEÑO METODOLÓGICO

El método de investigación, como procedimiento riguroso formulado de una manera lógica, que se sigue como pauta de orientación para la adquisición del conocimiento, es el método *lógico jurídico*, de carácter *cualitativo, descriptivo*.

La metodología *cualitativa*, se refiere a procedimientos que posibilitan una construcción de conocimiento que ocurre sobre la base de conceptos. Son los conceptos los que permiten la reducción de la complejidad y es mediante el establecimiento de relaciones

entre estos conceptos que se genera la coherencia del producto científico.

Dentro del marco de la investigación, la decisión en la elección de este tipo de metodología está en sintonía con los objetivos específicos y general planteados por cuanto el propósito de la investigación, es mostrar el sustento doctrinario y normativo del delito *Enriquecimiento ilícito de Funcionarios y Empleados Públicos*, bajo el derecho penal argentino (*art. 268 (2) Cód.Penal Argentino*) a los efectos de elaborar una propuesta que delimite el contenido del tipo objetivo de la norma como marco de referencia legítimo para el dolo, tendiente a superar las objeciones que se formulan a su estructura típica y sus cuestionamientos acerca de su constitucionalidad, para así auspiciar una posible reforma legislativa, en sintonía con la voluntad del legislador constitucional y convencional contra la corrupción.

CAPÍTULO SEGUNDO

LA CORRUPCIÓN

1. LA CORRUPCIÓN: CONCEPTO Y SUS ELEMENTOS CONSTITUTIVOS

El concepto de corrupción, en su sentido literal, proviene de la palabra latina “*corrumpere*” y es utilizada en sentido amplio como expresión de corruptela, decadencia, envilecimiento y perversión moral. Parece indicar algo vil o repugnante y por ello la corrupción sería siempre moralmente condenable, el mismo término “corrupción” tiene un significado negativo, de destrucción, de desintegración de algo que se considera valioso.

A este sentido literal, cuyo significado negativo es reconocido de modo generalizado, se agregan distintas definiciones de lo que se entiende por corrupción. Así, aquellas definiciones orientadas al autor, que consideran como corrupción, a “*la infracción de un deber a causa de ventajas indebidas*”¹ o como una “*conducción incorrecta subrepticia contraria a deber movida por un interés personal*”², las cuales atento a su amplitud, han sido objeto de críticas, la primera de ellas al centrarse solo en la infidelidad en una relación interna de cualquier índole que abarcaría también por ejemplo al autor de una defraudación tributaria o infracción del deber de alimentos; y la segunda al ser la mayoría de los delitos cometidos en definitiva por un interés personal y especialmente en forma subrepticia; siendo por ende dichas definiciones insuficientes para abarcar lo específico de la corrupción penalmente relevante.

Asimismo, se presentan definiciones que conceptúan la corrupción como una relación de dos partes, al observarse en la corrupción un “*intercambio irregular de ventajas*”³. En este

¹DÖLLING, DIETER, citado por KINDHÄUSER, URS, “Presupuestos de la corrupción punible en el Estado, la economía y la sociedad. Los delitos de corrupción en el Código penal alemán”, *Polít. crim.* N° 3, 2007, *Al*, p.5 [<http://www.politicacriminal.cl>].

²KUBE, ERWIN; VAHLENKAMP, WERNER, citados por KINDHÄUSER, URS, *Op. cit.* p. 5.

³VOLK, KLAUS GÖSSEL, KARL HEINZ TRIFFTERER, OTTO, citados por KINDHÄUSER, *Op. Cit.*, p. 5.

sentido, la doctrina dominante en Alemania considera, que el elemento esencial de la corrupción es un denominado “*acuerdo delictivo*”, donde el comportamiento del receptor de la ventaja y el otorgamiento de la ventaja deben estar en una mutua relación sinalagmática, en la cual la prestación debe realizarse por la contraprestación.

Para no pecar del mismo defecto que adolecen las definiciones de corrupción orientadas al autor, a saber de ser demasiado amplias o bien limitadas, se sostiene que se deben tomar en consideración elementos esenciales de la corrupción, a saber, la posición de deber que ostenta el receptor de la ventaja, quien debe estar obligado a cautelar con su comportamiento los intereses de un mandante y fundamentalmente que la ventaja debe ir en contra del interés en el correcto ejercicio de la actuación funcional.

Por ello, lo sustancial para la corrupción es la incompatibilidad entre el interés que el encargado tiene que cautelar en virtud de su especial posición de deber y el interés al que se vincula por la aceptación de la ventaja. Así, siguiendo estas consideraciones, *KINDHÄUSER* define la corrupción como “*la vinculación contraria a intereses de una ventaja con el ejercicio de un poder de decisión transferido*”⁴.

Ello implica, que la existencia de la situación de corrupción presupone, en primer término, que a una persona se le debe haber confiado la tarea de actuar en interés de otros y que esté habilitada para ejercer algún poder de decisión en interés de los mismos, por ello la corrupción requiere de una relación trilateral; en segundo término, el ejercicio de ese poder de decisión quede vinculado a la obtención de una ventaja indebida; y en tercer lugar, que el carácter indebido de esa ventaja encuentre su fundamento en la incompatibilidad entre la obtención de esa ventaja y la promoción del interés al que ha de servir el ejercicio del poder de decisión en cuestión, es decir, el otorgamiento de la ventaja debe estar referido a una posición de deber del encargado y la relación entre la posición de deber y la ventaja sea indebida y por tanto lleve al encargado a una incompatibilidad de intereses.

De ahí, que tal como lo destaca *KINDHÄUSER*, lo esencial de la corrupción es “*la incompatibilidad de intereses entre el ejercicio del poder funcional de decisión y la ventaja*”⁵, postulando que las conductas delictivas de corrupción se pueden circunscribir

⁴ *KINDHÄUSER, URS, “Presupuestos de la corrupción punible en el Estado, la economía y la sociedad. Los delitos de corrupción en el Código penal alemán”, Polit. crim. N° 3, 2007, Al, p. 6 [http://www.politicacriminal.cl].-*

⁵ *KINDHAUSER, URS, op. cit. pág. 7.*

analógicamente con las reglas jurídico civiles de la celebración y cumplimiento de un contrato, al tratarse pues la corrupción de un acuerdo sobre el otorgamiento de una ventaja por el ejercicio de un poder de decisión.

Con su habitual agudeza *GARZON VALDÉS* reflexiona acerca de la calificación moral de la corrupción, en cuyo contexto propone la siguiente definición, “*La corrupción consiste en la violación limitada de una obligación por parte de uno o más decisores con el objeto de obtener un beneficio personal extraposicional del agente que lo (s) soborna o a quien extorsiona(n) a cambio del otorgamiento de beneficios para el sobornante o el extorsionado que superaran los costes del soborno o del pago o servicio extorsionado*”⁶.

Explica que el término “*obligación*” debe ser tomado en el significado técnico generalmente aceptado para indicar “*deberes institucionales*”, es decir, aquellos que se contraen en virtud de la aceptación voluntaria de algún cargo público y que recaen solo para quienes lo desempeñan, y los distingue de los “*deberes naturales*” que son aquellos que valen para todas las personas, citando como ejemplo de violación de un deber natural, el homicidio.

Postula que el concepto de corrupción es doblemente normativo, toda vez, que todo acto de corrupción es calificado como tal haciendo referencia a un sistema normativo, entendido éste como un conjunto de principios y reglas que establece el estatus deóntico de las conductas de las personas que actúan dentro del sistema en cuestión, al cual llama: “*sistema normativo relevante*”, desde cuyo punto de vista, todo acto de corrupción es condenable sistémicamente y también lo es desde el punto de vista moral de quienes aceptan este sistema (*punto de vista interno*).

Así, admite que todo sistema normativo político-jurídico es expresión de la moral positiva de quienes detentan el poder, ya sea un grupo relativamente reducido (*dictadura*) o un porcentaje ampliamente mayoritario de la población (*democracia*), entendiendo como moral positiva, los principios y reglas morales que rigen en una sociedad determinada, que constituyen la expresión de sus convicciones morales que varían según las épocas y los lugares; la cual a su vez la distingue conceptualmente de la moral crítica o ética.

⁶ *GARZON VALDÉS, ERNESTO*, “*Acerca de la calificación moral de la corrupción. Tan solo una propuesta*”, edición digital de la Biblioteca virtual Miguel de Cervantes, a partir de *ISONOMIA, Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, N° 21/Octubre 2004, p. 14, disponible en <http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmcsj1v5>.

En efecto, entiende por moral crítica o ética, los principios y reglas morales no condicionados culturalmente y que satisfacen los requisitos de universalidad y perpetuidad, en el sentido kantiano de ambas expresiones; destacando, que del hecho de que un "*sistema normativo relevante*" sea la expresión de la moral positiva no se infiere sin más que también lo sea desde el punto de vista de la moral crítica, pues admitir tal inferencia sería equiparar el punto de vista cultural con el punto de vista moral, es decir, sostener que porque algo es debe también ser.

Le asigna así la denominación de "*sistema normativo justificante*" al conjunto de principios y reglas que satisfacen las exigencias de la moral crítica, desde cuya perspectiva, piensa que no existen inconvenientes en admitir la viabilidad de la lesión del "*sistema normativo relevante*" cuando éste viola principios o reglas de la moral crítica. Cita un ejemplo contundente, el caso de *Oskar Schindler*, pues considera que resulta éticamente irreprochable la conducta del mismo al sobornar a jefes de un campo de concentración para salvar la vida de numerosos prisioneros judíos, pese que conforme a las reglas alemanas de la época, se trata de un acto de corrupción.

En contraposición se observa como el sistema político de la democracia, como sistema normativo relevante político, cuya legitimidad es incuestionable al satisfacer sus principios y reglas las exigencias de una moral crítica o ética, no obstante se advierte como los decisores (funcionarios públicos) violan las obligaciones asumidas al aceptar sus cargos, lo cual no solo es intrasistémicamente disfuncional sino también inmoral.

De ello se extrae que existen casos de corrupción que se adecuan a los valores éticos fundamentales y otros en que pese a estar en presencia de sistemas normativos relevantes legítimos, la corrupción funcional deviene inexcusable, al abandonar los funcionarios su punto de vista interno y actuar en forma desleal con respecto al sistema normativo.

Ello me permite concluir, que en todo acto corrupto se verifica una *violación de un deber posicional*, es decir de aquellos deberes que se contraen en virtud de la asunción voluntaria de algún cargo público dentro de su sistema normativo, cuyo ámbito de validez está delimitado por las reglas que definen la posición respectiva; un *sistema normativo de referencia* y que el acto corrupto debe estar vinculado a la expectativa de obtener un *beneficio extraposicional*, es decir una ventaja de cualquier índole y no solo de carácter económico.

2. LA CORRUPCIÓN COMO FORMA DE AGRESIÓN DELICTIVA

El carácter legal o ilegal de un acto de corrupción dependerá del tratamiento que el sistema jurídico ofrezca a las reglas del sistema normativo de referencia, pues se estará en presencia de un hecho corrupto cuando el mismo se produzca en violación de las reglas del sistema normativo que rige la actividad, pero éste será ilegal cuando el ordenamiento jurídico entienda que la conducta es merecedora de castigo.

En efecto, la corrupción es indecente e inmoral, pero no todo acto de corrupción constituye un ilícito penal, ello dependerá del tratamiento que el derecho penal dé a los actos corruptos, siendo en éste punto interesante la afirmación realizada por *KINDHÄUSER* quien postula que la corrupción es "*una determinada forma de agresión con la que se puede vulnerar los más distintos intereses penalmente protegidos*"⁷, y descarta que la corrupción sea un delito autónomo, del que pueda formularse un tipo penal general del delito de corrupción.

Siguiendo ésta tesis, al considerar la corrupción como una forma de agresión delictiva, un medio de ataque de distintos bienes jurídicos, sin lugar a dudas la sola circunstancia de que el autor actúe corruptamente no es todavía un fundamento para imponerle una sanción, pues los actos de corrupción no merecen un castigo en sí mismos, sino en relación a los bienes jurídicos cuya lesión o puesta en peligro provocan.

Por ello, la cuestión de la punibilidad de los comportamientos corruptos dependerá de la necesidad de protección de los bienes jurídicos que son afectados de forma especialmente dañosa a través de la corrupción; lo que impone determinar cuál es el bien jurídico protegido por tales delitos.

No puede soslayarse, que el fenómeno de la corrupción no es privativo del ámbito público, pues si bien tradicionalmente se vinculaba a un fenómeno que solo podía darse en dicho ámbito, en el caso de funcionarios públicos inescrupulosos que utilizan el poder en su propio beneficio en violación del interés público, en los últimos años el escenario internacional fue modificando esta concepción, debido en parte a convenios internacionales que postulan la necesidad de tipificar conductas de corrupción en el ámbito privado, requiriéndose de igual modo, que un agente privado pueda llevar a cabo la violación de un

⁷ *KINDHÄUSER, URS, op. cit. p. 2.*

deber posicional, en virtud del papel social que desempeñe o de la posición que ocupe dentro del sistema normativo relevante, así el fenómeno de la corrupción del empresariado.

No obstante, y más allá de la importancia que reviste en la actualidad el fenómeno de la corrupción en el ámbito privado, atento al objetivo general planteado en éste trabajo, he de centrar la atención, en aquellos comportamientos corruptos que se manifiestan en el ámbito público, para así determinar el bien jurídico digno de tutela que es especialmente afectado por los mismos.

Para la doctrina mayoritaria nacional, en sintonía con la doctrina italiana, el objeto de protección del *Título XI* de nuestro Código Penal, en el cual se concentran los delitos relacionados con los funcionarios y las funciones públicas de los distintos poderes del Estado, es la regularidad y eficiencia de la función pública, entendida en un sentido amplio, pues lo que se protege es la función pública, entendida como el regular, ordenado y legal desenvolvimiento de las funciones de los tres órganos del Estado, no refiriéndose solo a la función específica de los poderes del Estado, sino además a la típica función administrativa de todos ellos.

Al analizar el bien jurídico protegido por los delitos de corrupción estatal en el derecho penal alemán, *KINDHÄUSER*, destaca que “... *los delitos de corrupción protegen solamente un sector de la Administración Pública, a saber, aquél que tiene por objeto el ejercicio jurídico-público del poder de decisión ... En la Administración Pública, el poder de decisión debe ejercerse institucionalmente con independencia de ventajas inconexas. El correspondiente refuerzo jurídico-penal lo suministran los delitos de corrupción. En consecuencia, no se trata solamente del aseguramiento de la corrección de contenido de las decisiones, sino también del mantenimiento de las reglas formales de procedimiento, esto es, los principios de eficiencia, de imparcialidad e igualdad ante la ley*”⁸.-

En efecto, lo que se pretende asegurar mediante la tipificación de los delitos vinculados a la corrupción funcional, es la conducta de los funcionarios públicos, pues aquellos que no observan los deberes a su cargo obstaculizan esa regularidad funcional, lo que ocasiona un daño no sólo a la función en sí, sino a los particulares; por ello, el bien jurídico que tutela el referido *Título* del Código Penal, bajo la rúbrica “*Delitos contra la Administración Pública*”,

⁸*KINDHÄUSER, op. cit.p.9/11.-*

es la preservación de la función pública, frente a los ataques que provienen, ya sea de la propia organización burocrática del Estado y de sus miembros, como de los particulares.-

Así, desde el derecho penal sustantivo argentino, se tipifican aquellas conductas delictivas de corrupción realizadas por funcionarios y en ciertos casos por particulares, que inciden negativamente sobre el funcionamiento de la Administración, que constituiría el objeto de protección. Constituyen el núcleo criminalizador de la corrupción pública, los delitos de *Cohecho* (arts.256, 257, 258 *Cód. Penal*); *Tráfico de influencia* (art. 256 bis. *Cód. Penal*); *Soborno trasnacional* (art. 258 bis. *Cód. Penal*); *Admisión y ofrecimiento de dádivas* (art. 259 *Cód. Penal*); *Malversación de caudales públicos* (art.260, 262, 263 *Cód. Penal*); *Peculado* (art. 261 *Cód. Penal*); *Negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas* (art. 265 *Cód. Penal*); *Exacciones ilegales* (art. 266, 267, 268 *Cód. Penal*); *Enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados* (art. 268 (2) *Cód. Penal*); y *Prevaricato* (art. 269 *Cód. Penal*).

Todos ellos están contruidos en torno a la figura del funcionario que, en el ejercicio de su cargo, actúa favoreciendo intereses privados, propios y/o ajenos en detrimento de lo público, cuya tutela y promoción tienen asignados.

3. LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN PÚBLICA: CONVENCIONES INTERNACIONALES

El fenómeno de la corrupción pública ha existido en todos los tiempos con indiferencia del modelo de Estado, pues ha afectado a todos los sistemas políticos, sin que interese cual fuere su modelo de organización política ni su ideología. Si hay algo que resulta un lugar común son los hechos de ésta naturaleza, más allá que existen ámbitos que son más propicios que otros a la corrupción, como lo es el sistema democrático, el cual se presenta como un escenario propicio, pues con su establecimiento se registró un aumento significativo de la corrupción, donde todos hemos sido testigos en los últimos años de la proliferación de conductas delictivas relacionadas a la corrupción funcional y el consecuente surgimiento de grandes fortunas de funcionarios inescrupulosos y sus testaferros que conmociona a toda la sociedad.

La corrupción es un fenómeno complejo y ello obedece a las múltiples causas que

confluyen para su gestación o favorecimiento, ya sean factores económicos, sociales, institucionales, políticos o educacionales, que explican la variación de los niveles de corrupción en los distintos países, los cuales son elevados en la actualidad y tienden a expandirse, pues la corrupción se presenta como una herramienta útil en pos de obtener determinados objetivos en todos los ámbitos, con una clara finalidad, conseguir ventajas o beneficios personales ya sea de carácter político, sociales o económicos; piénsese en el ejemplo, de un funcionario público que realiza distintos favores para mantener el apoyo político o bien para satisfacer sus deseos de enriquecimiento personal, todo ello con el consecuente detrimento del interés público, que evidencia la degradación de la función pública y los obvios efectos negativos para la sociedad que lo padece.

La admisión del mandato libre de los legisladores y de la discrecionalidad de los jueces – *dos elementos esenciales de una democracia liberal* – confiere a los decisores parlamentarios y judiciales un ámbito sumamente amplio de libertad, el cual puede estar sometido a la influencia de quienes pretendan hacer valer ilegalmente sus intereses.

Tal como señala GARZON VALDÉS “*la supuesta correlación entre mayor democracia y menor corrupción o, lo que es lo mismo, entre dictadura y corrupción no es empíricamente sostenible. Es significativo que haya habido menos corrupción bajo Stalin que bajo los regímenes soviéticos o rusos subsiguientes y que las democracias occidentales abunden en ejemplos de corrupción gubernamental*”⁹.

Los actos corruptos constituyen una muestra inequívoca de la deslealtad de los funcionarios hacia la institución donde éstos prestan servicios, pues con la pretensión de conseguir alguna ventaja o beneficio personal incurren en violaciones a deberes institucionales, que entraña una clara deslealtad hacia el sistema democrático. En efecto, en las naciones en vía desarrollo, la institucionalidad y el Estado de derecho se encuentran en clara crisis por la gravedad de estos actos, los cuales se llevan a cabo tanto en el sistema político como en el sector privado.

“*La corrupción en el sector público comporta burla de los objetivos constitucionales – vinculantes en todos los niveles en que se ejerce el poder público, desde la elaboración de leyes a los actos administrativos singulares – que quedan traicionados en favor de los*

⁹GARZON VALDES, ERNESTO, “Acerca del concepto de corrupción”, en F. Laporta y S. Álvarez (eds), *La corrupción pública*, Madrid, Alianza Editorial, 1997, p. 41.

intereses particulares de los gestores del poder o de quienes irrumpen, desviándolo, en el proceso de toma de decisiones por parte de estos. Desde la perspectiva administrativa y jurídico-política, la corrupción es, ante todo desviación, por parte de autoridades y funcionarios, del interés público legalmente determinado (DEMETRIO, 2002:176)''¹⁰.

La dimensión de éste flagelo ha sido calificada con solvencia por GARZON VALDÉS, quien en su obra "*Calamidades*"¹¹, al distinguir dos conceptos usados a diario como sinónimos, a saber "*catástrofe*", entendido como desastre provocado por causas naturales y "*calamidad*", entendida como desgracia, desastre o miseria que resulta de acciones humanas intencionales; califica precisamente a la corrupción como una de las "*calamidades*", es decir aquellos hechos adversos ocasionados por los hombres a diferencia de las catástrofes de la naturaleza, en sentido suicida para la convivencia.

En el origen de la corrupción pública es habitual que concurren incentivos privados, pues es el particular quien, con su poder económico pretende inclinar en su favor el funcionamiento de las instituciones, por ello en la lucha contra la corrupción pública se debe abarcar también la columna privada en que se asienta la misma, siendo auspicioso incorporar estrategias político-criminales de amplio espectro dirigidas a blindar la independencia y lealtad institucional de los funcionarios públicos para evitar que los mismos sean corrompidos.

En la lucha contra la corrupción pública cada Estado aplica su propio sistema punitivo a fin de erradicar éste mal insidioso de las democracias, lo que ha quedado plasmado en la legislación penal a través de la incorporación de numerosas figuras dedicadas a combatir las diferentes modalidades de éste fenómeno. No obstante, la tipificación penal de una conducta no comporta por sí sola el éxito en su erradicación.

La dimensión de éste flagelo, caracterizado en la actualidad por su dimensión transnacional, como consecuencia del proceso de globalización de la economía y la internalización de la delincuencia organizada, atento a su vinculación con otras actividades delictivas, impone afinar el instrumental dogmático y adecuar la respuesta punitiva a las

¹⁰ TERRADILLOS BASOCO, JUAN M., "*Corrupción, globalización y Derecho Penal Económico*", en "*Halcones y Palomas: corrupción y delincuencia económica*", Directores EDUARDO DEMETRIO CRESPO – NICOLAS GONZALES-CUELLAR SERRANO, Castillo de Luna Ediciones Jurídicas, Madrid, 2015, pág.19.

¹¹ GARZON VALDÉS, ERNESTO, "*Calamidades*", Barcelona, Ed. Gedisa, 2009.

especiales características de los delitos de corrupción.

“En concreto, en el ámbito político, la corrupción mina las bases sobre las que se asienta la democracia; en el ámbito económico, la corrupción impide el desarrollo de las regiones que la sufren; y en el plano de los derechos fundamentales, la corrupción es el paradigma de la desigualdad”¹².-

En la cruzada contra la corrupción, las medidas de prevención y represión de la misma han quedado registradas en los Convenios y tratados internacionales, los cuales proporcionan un marco de referencia que los gobiernos deben observar para minimizar la corrupción entre sus funcionarios y para que sus instituciones funcionen en forma más transparente.

Dos de los principales instrumentos jurídicos que existen a nivel internacional referidos a la prevención y represión de actos de corrupción funcional son, la *Convención Interamericana contra la corrupción (CICC)* y la *Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción (CNUCC)*.

La *Convención Interamericana contra la corrupción (CICC)*, se abrió a la firma en marzo de 1996, bajo los auspicios de la Organización de Estados Americanos (OEA), aprobada por la Tercera Sesión Plenaria de dicho organismo celebrada en la ciudad de Caracas, Venezuela (29.03.1996).

Esta convención enfoca el impacto negativo de la corrupción pública en la legitimidad de las instituciones públicas, estableciéndose en su Preámbulo que los Estados miembros de la OEA están convencidos de 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”¹³*.

La Argentina mediante la *Ley N° 24.759 (1997)¹⁴* aprobó dicha Convención, incorporándola a nuestro derecho, con jerarquía constitucional, la cual en sus *“Medidas preventivas”*, tiene básicamente dos objetivos, los cuales están enunciados en el *Art. II*, el

¹² SANCHEZ, DEMELSA BENITO, *“Prevención y sanción de la corrupción de funcionarios públicos extranjeros e internacionales en los instrumentos legales supranacionales”*, en *“Halcones y Palomas: corrupción y delincuencia económica”*, Directores EDUARDO DEMETRIO CRESPO – NICOLAS GONZALES-CUELLAR SERRANO, Castillo de Luna Ediciones Jurídicas, Madrid, 2015, pág.187.

¹³ *Convención Interamericana contra la Corrupción*, InfoLEG, Información legislativa, servicios.infoleg.gob.ar.

¹⁴ *Ley N° 24.759 publicada en el Boletín Oficial del 17.01.1997, Número 28566, Página 1, texto actualizado*, InfoLEG, Información legislativa, servicios.infoleg.gob.ar.

primero es que los países que la han ratificado promuevan y fortalezcan sus mecanismos para prevenir, sancionar y erradicar los actos de corrupción; y el segundo, es facilitar la cooperación entre países.

El compromiso de los países que han suscripto la CICC es aplicar las medidas del tratado respetando las legislaciones internas y hacerlo de forma progresiva. Las medidas preventivas, marcan pautas u orientaciones que deben guiar las reformas jurídicas e institucionales para hacerle frente a la corrupción, las cuales están contenidas en el *Art. III*, entre las cuales se encuentran aquellas referidas a los “*funcionarios públicos*”, debiendo los países dictar normas de conducta para prevenir conflictos de intereses, asegurar el buen desempeño de las funciones y garantizar el uso adecuado de los recursos asignados a cada funcionario o servidor del Estado.

Los controles hacia los funcionarios comprenden la adopción de sistemas para que éstos declaren sus ingresos, propiedades, inversiones y deudas, entre otros valores financieros. Esto con el fin de que los países puedan controlar que sus funcionarios no se están enriqueciendo ilícitamente. La CICC contempla la posibilidad de que las declaraciones de patrimonio sean publicadas.

Asimismo, los países deben adoptar medidas específicas para impedir que sus funcionarios pidan o reciban sobornos. Como así también, los funcionarios deben denunciar los actos de corrupción de los que tengan conocimiento, debiendo los gobiernos ofrecerles garantías y protección con el fin de que no sufran represalias por sus denuncias.

Respecto a las medidas preventivas referidas a las “*instituciones públicas*”, se contempla que las instituciones públicas deben contar con sistemas adecuados para la contratación de su personal, así como también para la adquisición de bienes y servicios, y la realización de inversiones y obras de infraestructura. La CICC señala que se debe asegurar que estos sistemas respondan a los criterios de “*publicidad, equidad y eficiencia*”.

La CICC contempla que los países deben crear, mantener o fortalecer órganos de control superior, como las auditorías, superintendencias u oficinas similares, con el fin de que dichas instituciones se encarguen de prevenir, detectar y sancionar eficazmente las prácticas de corrupción.

Respecto al *sector privado*, como medidas preventivas, se establece que los gobiernos deben excluir de los beneficios tributarios a las empresas o personas que violen las leyes

anticorrupción de cualquiera de los países suscriptores de la CICC. Los sistemas de recaudación de ingresos deben evitar la evasión de impuestos o el contrabando.

Así también, las sociedades mercantiles y otro tipo de asociaciones deben mantener registros que reflejen “*con exactitud y razonable detalle la adquisición y enajenación de activos, y que establezcan suficientes controles contables internos que permitan a su personal detectar actos de corrupción*”.-

En relación a las medidas preventivas respecto de los *ciudadanos*, la CICC es bastante general y abierta, dejando a discreción de los países la adopción de mecanismos para estimular la participación de sus ciudadanos en “*los esfuerzos destinados a prevenir la corrupción*”. Señala que los ciudadanos particulares que denuncien actos de corrupción deben ser protegidos e incluso se deben adoptar medidas para guardar su identidad.-

La CICC tipifica varios actos como hechos de corrupción, así la aceptación de sobornos; el ofrecimiento de sobornos; incumplimiento de funciones; y desvío de bienes públicos (*art. VI*); como así también prevé como acto de corrupción el soborno trasnacional (*art. VIII*) y el enriquecimiento ilícito (*art. IX*).

La *Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción (CNUCC)*, adoptada en Nueva York el 31 de octubre de 2003, que nuestro Congreso Nacional aprobó mediante la *Ley N° 26.097 (2006)*¹⁵, es uno de los más novedosos y amplios acuerdos internacionales contra éste flagelo; reúne un conjunto más amplio e integrado de medidas en relación a otros tratados internacionales, como por ejemplo la CICC a la cual reconoce como antecedente; amén de ser la primer convención en la materia que tiene un alcance global.

En el Preámbulo, entre otros aspectos, se destaca la preocupación de los Estados Parte por la 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. Como así también la preocupación por los vínculos entre la corrupción y otras formas de delincuencia, en particular la delincuencia organizada y la delincuencia económica, incluido el blanqueo de dinero.

¹⁵ Ley N° 26.097 publicada en el Boletín Oficial del 09.06.2006, Número 30923, Página 1, InfoLEG, Información legislativa, servicios.infoleg.gob.ar.

Asimismo se destaca, el convencimiento de que la corrupción ha dejado de ser un problema local para convertirse en un fenómeno transnacional que afecta a todas las sociedades y economías, lo que hace esencial la cooperación internacional para prevenirla y luchar contra ella; y en particular que *“el enriquecimiento personal ilícito puede ser particularmente nocivo para las instituciones democráticas, las economías nacionales y el imperio de la ley”*. Por ello, teniendo presente que la prevención y la erradicación de la corrupción son responsabilidad de todos los Estados y que éstos deben cooperar entre sí, con el apoyo y la participación de personas y grupos que no pertenecen al sector público, como la sociedad civil, las organizaciones no gubernamentales y las organizaciones de base comunitaria, para que sus esfuerzos en este ámbito sean eficaces.-

En su *art. I* establece cuál es la finalidad de ésta Convención, a saber:

- 1) Promover y fortalecer las medidas para prevenir y combatir más eficaz y eficientemente la corrupción;
- 2) Promover, facilitar y apoyar la cooperación internacional y la asistencia técnica en la prevención y lucha contra la corrupción, incluida la recuperación de activos;
- 3) Promover la integridad, la obligación de rendir cuentas y la debida gestión de los asuntos y los bienes públicos.-

Entre las *“Medidas preventivas”* que contempla, las que tienen un doble propósito, evitar que ocurran actos de corrupción y mejorar la transparencia en las instituciones públicas, las referidas a los *“funcionarios públicos”*, se consigna que los países deben establecer sistemas de administración de personal que se basen en el mérito profesional o en las habilidades de los aspirantes a cargos públicos, que garanticen equidad entre los concursantes y que aseguren que los elegidos tengan aptitud para el cargo que se los designe.

La CNUCC prevé que dentro del gobierno se identifiquen aquellos cargos que están sujetos a mayores riesgos de corrupción y que, en estos casos, se establezcan mecanismos de selección más rigurosos o sistemas de rotación de personal.

Los requisitos para acceder a los cargos públicos y los criterios de selección deben estar claramente definidos. En los casos de cargos sujetos a proceso de elección – como es el caso de presidentes, alcaldes, diputados, etc. – los Estados deben adoptar medidas para transparentar el financiamiento de las campañas. Esto implica, entre otros aspectos, que debe quedar claro y abierto a verificación el origen de los fondos para cubrir el costo de tales

campañas.

De igual modo como se establece en la CICC, los países también deben adoptar códigos o normas de conducta para prevenir conflictos de intereses entre sus funcionarios, así como controles para evitar que éstos se enriquezcan ilícitamente; pero va más allá, porque los funcionarios además de declarar sobre su patrimonio, deben consignar aquellas actividades ajenas a su cargo en las que participan, como por ejemplo juntas directivas de empresas, posiciones de mando en partidos políticos, servicios de consultoría u otros.

En relación a las “*instituciones públicas*”, como medidas preventivas, la CNUCC exige que los procesos de compras y contrataciones con el Estado cuenten con criterios claros para la adopción de decisiones, que se garantice plena competencia en ellos y que cada una de sus fases se dé con la mayor transparencia posible.

Los gobiernos deben difundir ampliamente la información sobre sus ingresos y gastos, contar con procedimientos adecuados de contabilidad y auditoría, asegurar controles internos eficaces y adoptar sistemas de gestión de riesgos, particularmente en las áreas más vulnerables a corrupción.

Los países también deben reorganizar los procesos a través de los cuales se formulan las políticas públicas, para que los ciudadanos puedan tener una mayor participación en dichas decisiones. Para tales efectos, los gobiernos deben adoptar mecanismos que garanticen a cualquier persona obtener información sobre el funcionamiento de las instituciones y los procesos de adopción de decisiones.

Las instituciones públicas deben simplificar los procedimientos o trámites y publicar periódicamente informes sobre los riesgos de corrupción que existen dentro de ellas.

Asimismo contempla medidas preventivas respecto al “*Poder judicial*” y al “*Ministerio público*”, teniendo presente la independencia del Poder judicial y su papel decisivo en la lucha contra la corrupción, a saber, que cada Estado Parte, sin menoscabo de la independencia del poder judicial, adoptará medidas para reforzar la integridad y evitar toda oportunidad de corrupción entre los miembros del Poder judicial, las cuales pueden incluir normas que regulen la conducta de sus miembros; y en idéntico sentido se prevé se adopten iguales medidas respecto del Ministerio Público, cuando ésta institución no forma parte del Poder judicial pero goce de independencia análoga.

En relación al “*sector privado*”, aquí es un área importante de innovación dentro de la

CNUCC, al señalar medidas concretas que deben adoptar los países para identificar y responsabilizar al sector privado de los hechos de corrupción. La CNUCC considera tanto los hechos de corrupción cometidos en las transacciones comerciales con el gobierno, como los que ocurren dentro de las mismas empresas o en las relaciones entre éstas. Este último fenómeno es más conocido como fraude empresarial.

Entre otras medidas para el sector privado, la CNUCC contempla mejoras en las normas contables y de auditoría. También prevé la adopción de códigos de conducta para los ejecutivos de empresas y profesionales independientes, que prevengan los conflictos de intereses en las decisiones comerciales.

Pone especial atención a la vigilancia y el control que debe existir de parte del gobierno en las concesiones, empresas privatizadas o licencias otorgadas para realizar actividades productivas o comerciales en un país, y dispone la posibilidad de revertir estos beneficios cuando ocurran hechos graves de corrupción.

En cuanto a los “*ciudadanos*”, la CNUCC presta especial consideración a los derechos y libertades con que cuentan los ciudadanos para enfrentar la corrupción. Los países tienen la obligación de considerar la participación ciudadana en los procesos de adopción de decisiones y particularmente en el de formulación de las políticas públicas. La CNUCC plantea que esta participación es un requerimiento esencial en el diseño de las políticas referidas a la prevención y lucha contra la corrupción.

Asimismo la CNUCC llevará a los países a garantizar el acceso eficaz de los ciudadanos a la información pública, particularmente la relativa a casos y hechos de corrupción. Al respecto, el *art.13.1.d)* señala que se adoptarán medidas para “*Respetar, promover y proteger la libertad de buscar, recibir, publicar y difundir información relativa a la corrupción*”. Esto es muy importante debido a que uno de los principales factores que impiden que las personas se sensibilicen y puedan actuar en contra de los hechos de corrupción es su falta de conocimiento sobre el problema y de las formas que existen para enfrentarlo.

La CNUCC plantea a los países la necesidad de “*fomentar la intransigencia con la corrupción*” (*art.13.1.c)*) a través de actividades de sensibilización y en los programas de educación pública, incluidos los niveles básicos y universitarios.

A su vez, la CNUCC en el *Capítulo III* tipifica como actos de corrupción, referidas al

sector público: recepción de sobornos por parte de funcionarios públicos nacionales (*art. 15*), extranjeros o de organismos internacionales (*art. 16*); malversación, peculado o apropiación indebida de bienes u otras formas de desviación de bienes por un funcionario público (*art. 17*); tráfico de influencias (*art. 18*); abuso de funciones (*art. 19*); enriquecimiento ilícito (*art. 20*); lavado de activos (*art. 23*), y obstrucción de la justicia (*art. 25*).

En relación al sector privado: soborno (*art. 21*); malversación o peculado de bienes en el sector privado (*art. 22*); lavado de activos provenientes de delitos (*art. 23*), y encubrimiento (*art. 24*).

En esta convención se presta especial atención al embargo preventivo, la incautación y el decomiso de fondos y bienes provenientes de delitos de corrupción (*art. 31*). En la misma dirección se desarrollan varias medidas para favorecer y fortalecer la cooperación entre los países para la extradición de personas acusadas de corrupción (*art. 44*) y para la repatriación de activos (*Capítulo V*).

Un aspecto novedoso de la CNUCC es la posibilidad de establecer indemnizaciones por daños y perjuicios para reparar económicamente a los afectados por hechos de corrupción (*art. 35*).

Esta normativa convencional constituye un marco de referencia que los gobiernos deben observar para minimizar la corrupción entre sus funcionarios y para que sus instituciones funcionen en forma más transparente, pues abordan las medidas que los gobiernos deben dictar, la naturaleza y competencia de instituciones relacionadas con la prevención y persecución de la corrupción, regulaciones para resolver conflictos de interés que enfrentan los funcionarios públicos, transparencia de los presupuestos y compras gubernamentales y control del lavado de dinero y activos, entre otros aspectos.

Ello así, atento a los efectos negativos sobre los países que padecen este flagelo, la lucha contra de la corrupción se impone como una necesidad, siendo la manera más eficaz de combatirla a partir de la unión de esfuerzos tanto a nivel nacional como internacional y reprimir acciones venales que involucren a funcionarios públicos y a las que se llevan a cabo entre agentes privados, pues la misma no puede ser erradicada solo por esfuerzos nacionales.

Y el consecuente deber de los Estados de enjuiciar a los presuntos responsables de delitos corrupción, que emana de los compromisos internacionales asumidos por el Estado, al ratificar las convenciones de lucha contra la corrupción mencionadas adoptadas por la O.E.A.

y la O.N.U. (*CICC – ratificada por Ley 24.759 - y CNUCC - ratificada por Ley 26.097-*), pues ambas Convenciones incluyen entre sus propósitos, no solo la promoción por parte de los Estados Partes de medidas necesarias para combatir eficaz y eficientemente la corrupción, sino también sancionar tanto los actos de corrupción realizados en el ejercicio de las funciones públicas como de los actos de corrupción específicamente vinculados (*art. II.1 de la convención regional y arts. 1.a. y 60.1.a de la convención universal antes citadas*).

4. PROGRAMA POLÍTICO CRIMINAL DE LA CONSTITUCIÓN ARGENTINA RESPECTO A LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN PÚBLICA: EN PARTICULAR RESPECTO AL ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO DE FUNCIONARIOS PÚBLICOS

La reforma de la Constitución Nacional en el año 1994 importó una ampliación de su normativa, consignando un *Capítulo Segundo* en la *Primera Parte*, definido como “*Nuevos derechos y garantías*”, el cual se inicia con una norma que es al mismo tiempo, disposición jurídica y aspiración política, cuyo objetivo es procurar en lo político la defensa del ordenamiento democrático mediante la vigencia constitucional con la advertencia de que su alteración o violación hace pasible de la pena del *art. 29 Const. Nac.*, el cual fulmina con nulidad absoluta tales actos y conmina con la grave pena de infames traidores de la patria a sus autores (*art. 36 Const. Nac.*).

Los nuevos derechos y garantías que incorporó la reforma de 1994 implicaron algo más que el reconocimiento de formas diversas de igualdad y multiplicidad social o una mayor protección de facultades personales o colectivas, pues esos derechos evidenciaron perfiles diferentes de personas, del Estado, de los factores de poder económico y de las relaciones buscadas entre todos ellos.

En este contexto se inserta en el *párrafo quinto* del nuevo *art. 36 Const. Nac.*, que “... *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 nuevo *art. 36* hace visible un flagelo que aqueja a las democracias, como lo es la corrupción administrativa y dispone medidas-deberes estatales para combatirla; evidenciando

que unos de los destinatarios novedosos de esta reforma son precisamente los funcionarios públicos y empleados públicos que asuman el manejo de los fondos públicos.-

“El art. 36 proclama la defensa del orden constitucional a través de una declaración imperativa; dispone sanciones severas para quienes lo afecten, y resguarda aquel orden mediante la caracterización del enriquecimiento ilícito en perjuicio del Estado, como una de las formas graves de ataque a la democracia”¹⁶.

Esta reforma reconoce la realidad de este tiempo en que la corrupción atenta contra la República y sus instituciones, y está destinada precisamente a reducir la corrupción funcional que ha adquirido dimensiones de gran escala en el ámbito público en la realidad de nuestro país. *José Severo CABALLERO* describe la importancia de ésta reforma, y cómo es que ésta se acentúa en el *párrafo sexto* del *art. 36* al establecer que el Congreso sancionará una ley sobre ética pública para el ejercicio de las funciones, con lo cual revela su preocupación, de que se reglamente en todos sus aspectos la labor de los funcionarios y empleados públicos que administren fondos públicos para que se sancione especialmente a los que incurriesen en los delitos de enriquecimiento ilícito del *art. 268 (1) y (2) Cód. Penal*, al respecto indica *“Se trata de una reforma importante de estos delitos que pueden proyectarse a la mayor parte de las infracciones contra la Administración Pública del título 11 del Cód. Penal argentino. De manera directa o indirecta en cuanto se vinculen con los hechos jurídicos que garantizan los deberes jurídicos de los funcionarios como medio efectivo de asegurar el comportamiento social de los ciudadanos”¹⁷.*

El penúltimo párrafo del *art. 36* define como contrario al sistema democrático al *grave delito doloso contra el estado* que conlleve *enriquecimiento* para quien lo cometa. La conducta *“grave delito doloso”* contra el estado requiere que la ley la tipifique, debido a que la Constitución no lo hace por sí misma, si bien marca como pauta para la incriminación legal, que tal delito ha de aparejar enriquecimiento. Asimismo, se deriva a la ley fijar el tiempo de inhabilitación para ocupar cargos o empleos públicos, y aquí hay otro parámetro, el congreso debe prever la inhabilitación temporal, y no puede dejar de adjudicar dicha sanción, quedando

¹⁶ GELLI, MARIA ANGELICA, *“Constitución de la Nación Argentina”*, comentada y concordada, 4ta. edición ampliada y actualizada, Tomo I, La Ley, Buenos Aires, 2008, pág. 505.

¹⁷ CABALLERO JOSE SEVERO, *“El enriquecimiento ilícito de los funcionarios y empleados públicos (Después de la reforma constitucional de 1994)”*, Revista jurídica argentina LA LEY, Buenos Aires, 1997 A, p.794.

únicamente a su discreción la duración de la misma.

En esta materia resulta de particular relevancia, el reciente fallo dictado por la Sala IV de la Cámara Federal de Casación Penal, de fecha 29.08.2018¹⁸ que declaró la imprescriptibilidad de los delitos de corrupción, acudiendo a una interpretación gramatical del *art. 36 Const. Nac.*, para así determinar que la Constitución reconoce la realidad de este tiempo en que la corrupción atenta contra la República y sus instituciones (*art. 36 quinto párrafo Const. Nac.*) como en el siglo pasado fueron considerados los golpes de Estado (*art. 36 primer y tercer párrafo Const. Nac.*) y en el anterior la adjudicación de la suma del poder público (*art. 29 Const. Nac.*), por tanto los graves hechos de corrupción atentan contra la democracia del mismo modo en que lo hacen otros atentados, y que al no haberse establecido constitucionalmente diferencias, éste supuesto de atentado contra el sistema tiene las mismas consecuencias jurídicas establecidas por el constituyente que impiden la prescripción, el indulto y la conmutación de penas, destacando que no es posible incurrir en una percepción ingenua ni en una mirada sesgada de la real dimensión que tienen los graves hechos de corrupción cometidos contra el Estado.

En el citado fallo a fin de explicar el alcance de las acciones penales descriptas en el *art. 36*, se cita a *BIDART CAMPOS*, quien enseña que es uno de los denominados “*delitos constitucionales*” junto a los establecidos en los *artículos 15, 22, 29, y 119* de la Ley Fundamental y “[l]os principales problemas que plantean los delitos constitucionales son los siguientes: a) *para no burlar la supremacía de la constitución, el congreso tiene obligación de adjudicar la pena; b) cuando lo hace –sea en el código penal, sea en la ley especial- no puede alterar ni modificar el tipo penal descripto en las normas de la constitución; c) la omisión del congreso en establecer la pena es inconstitucional; d) pese a tal inconstitucionalidad, si no hay ley que fije la pena, quien comete el delito no puede ser condenado, en virtud del principio rector del art. 18; e) por haber sido establecidos por el poder constituyente, estos delitos no admiten ser objeto de amnistía ni de indulto por parte de los órganos del poder constituido*”(cfr. *Bidart Campos, Germán, Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino: nueva edición ampliada a 2002-2003, Tomo II A, Editorial Ediar, Buenos*

¹⁸ Fallo “*COSSIO, Ricardo Juan Alfredo y otros S/Recurso de Casación*” de la Cámara Federal de Casación Penal, Sala IV, 29.08.2018, – Registro N° 1075/18, <https://www.cij.gov.ar..>

Aires, 2003, P.193/194)”¹⁹.-

Fácil emerge de la lectura del texto del *art. 36* que uno de los tres tipos penales de carácter constitucional que describe la norma, junto a la conducta de interrumpir la observancia de la Constitución por actos de fuerza contra el orden institucional y 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; es precisamente, la de quien se enriquece mediante la comisión de un grave delito doloso en perjuicio del Estado.

El establecimiento de la tipicidad del delito constitucional por medio de una Ley, se observa en los capítulos *VI, VII, VIII y IX del Título XI –Delitos contra la Administración Pública-* junto con el *artículo 173, inciso 7º*, -cuando se trata de la Administración Pública-, todos del Código Penal, entre otros tantos, receptan en sus diversas figuras los delitos dolosos cometidos contra el Estado que conllevan –en ciertos casos- enriquecimiento, a saber, los llamados delitos de corrupción, entre los cuales se encuentra sin lugar a dudas el delito de *Enriquecimiento ilícito de funcionarios públicos*, a quien el constituyente lo ha catalogado como parte de los posibles atentados contra el sistema democrático.

¹⁹ Fallo “*COSSIO*”, *idem cita anterior*.

CAPÍTULO TERCERO

EL DELITO DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO DE FUNCIONARIOS PÚBLICOS

1. ANTECEDENTES: EL TEXTO LEGAL

Los antecedentes del delito de *Enriquecimiento ilícito de funcionarios públicos*, tipificado en el *art. 268 (2) Cód. Penal Argentino*, se inspiraron en el problema político criminal específico y especialmente alarmante en la realidad de nuestro país y en América Latina en general, a saber, la corrupción funcional y el consecuente surgimiento de grandes fortunas de funcionarios inescrupulosos, que aumentan sensiblemente su estado patrimonial durante el ejercicio del cargo, y sus testaferros.

Tal como lo destaca *FONTAN BALESTRA* al repasar los antecedentes del texto legal, "*Pocos hechos eran causa de una necesidad tan sentida de represión como los que prevé el capítulo IX bis del título de los delitos contra la administración pública. Sin embargo, y pese a múltiples iniciativas, su tipificación fue objeto de constantes postergaciones*"¹.

En efecto, el Congreso a partir del año 1936 intentó incorporar este tipo penal, fue el diputado *Rodolfo COROMINAS SEGURA*, quien en el debate legislativo de dicho año lo introdujo, esbozando en su fundamentación "*Quien entra pobre y sale rico de la administración pública; quien después de un tiempo se retira de ella con una fortuna, que no guarda relación con los sueldos o emolumentos de que ha disfrutado; con el tono de la vida que ha llevado; con las rentas que poseía; con los recursos legítimos de sus actividades profesionales, confesadas y públicamente ejercidas; constituye un caso grave, que debe obligar la preocupación del Estado, interesado en asegurar la moralidad de los*

¹*FONTAN BALESTRA, CARLOS, "Tratado de Derecho Penal", Tomo VII, Parte Especial, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1971, pág. 315.*

funcionarios"².

El proyecto creaba un Registro Nacional de Bienes de Funcionarios y Empleados Públicos, en cuyo capítulo primero, bajo la rúbrica "*Desempeño deshonesto de función pública*" incorporaba el régimen penal y contemplaba en su *art. 1º*, que será reprimido con prisión de cuatro a doce años e inhabilitación absoluta por doble tiempo, "*todo enriquecimiento por desempeño deshonesto de función pública, siempre que el hecho no constituya otro delito especialmente previsto en el Código Penal*", detallando que incurrir en este delito "*a) Los empleados o funcionarios que mientras ejercen un cargo público adquieren bienes de cualquier índole o naturaleza, sin poder probar el origen lícito de los recursos de que han dispuesto a tal efecto; b) Los que en las mismas circunstancias han mejorado su situación económica cancelando deudas o extinguiendo obligaciones que afectaban su patrimonio; c) Las personas que de cualquier modo se enriquecieron durante su gestión en un empleo público como consecuencia exclusiva del cargo, sin acreditar la licitud de su aumento de fortuna y la verosimilitud de las fuentes de recursos invocados*". En el *art. 2º* se establecía que "*se presume el origen ilegítimo, adquiridos por procedimientos deshonestos, las rentas y los bienes que no haya sido declarados oportunamente al registro especial creado por esta ley*"³.-

A esta idea, se suma el proyecto en el mismo sentido del Senador *Laureano LANDABURU* de 1940, que llegara a tener media sanción por parte de su Cámara.

Luego el *Proyecto de 1941* de *José PECO*, el cual determina pena de privación de libertad de uno a ocho años, y facultativamente, inhabilitación absoluta perpetua para el funcionario público que lucrare, para sí o para tercero, mediante el ejercicio de su cargo o la influencia derivada del mismo (*art. 323*). A seguido se sienta el principio de presunción de ilicitud de todo aumento apreciable del patrimonio de un funcionario público, que no provenga de las causas que se enumeran taxativamente en seis incisos. Así establecía "*Salvo prueba en contrario, se presume enriquecimiento ilícito todo aumento apreciable de*

² Proyecto de RODOLFO COROMINAS SEGURA, "*Desempeño deshonesto de función pública*", Cámara de Diputados de la Nación, Comisión Legislación General, N° 368, Septiembre, 16, Año 1936, disponible en Biblioteca del Poder Judicial de Entre Ríos.

³ Proyecto de RODOLFO COROMINAS SEGURA, "*Desempeño deshonesto de función pública*", *idem* nota anterior.

patrimonio, que no proviene de las siguientes causas”, las cuales enumera (art. 324)⁴.

El *Proyecto de 1960* de SOLER agrupa en el *art. 346* dos supuestos de aceptación de dádivas (*incs. a y c*) juntamente con las figuras que se corresponden con los *arts. 268 (1) y 268 (2)* del *Código Penal (incs. b y d)*. En efecto, la conducta en cuestión esta incriminada en el *inc. d* del *art. 346*, tras las exacciones (incluidas aquí la venta de influencias), la utilización de informaciones reservadas con fines de lucro (*actual art. 268 (1) Cód. Penal*) y la admisión de dádivas.

El texto rezaba “*Enriquecimiento ilícito. Será reprimido con prisión de seis meses a dos años y multa de treinta a cien días, el funcionario público que sin incurrir en un delito más severamente penado ... d) no justificare, al ser debidamente requerido, la procedencia de un incremento considerable de su patrimonio, posterior a la asunción de un cargo público*”⁵.

Finalmente, la previsión del delito de enriquecimiento ilícito de funcionarios públicos fue introducida al Derecho positivo por el derogado *Decreto-ley 4778/63*, del 12.06.1963, cuyo sistema consistió en agregar dos párrafos al *art. 259 Cód. Penal*. Así, el *art. 15* de dicha norma prescribía “*Agrégase al artículo 259 del mismo Código, como párrafos segundo y tercero, los siguientes: Será reprimido con prisión de dos a seis años e inhabilitación absoluta perpetua, el funcionario público que, para lucrar o hacer lucrar a otro, utilizare informaciones o datos que sólo hubiera podido conocer con motivo de su cargo. Será reprimido con la misma pena, el funcionario público que, durante su desempeño o dentro de los tres años siguientes a su cesación en la función pública, no quisiere o no pudiere justificar, ante la autoridad competente, cualquier incremento importante de su patrimonio, producido durante su desempeño y comprobado por dicha autoridad*”⁶.

Al año siguiente, gracias a la reforma impulsada por Ricardo NUÑEZ, se dictó la *Ley*

⁴ *Proyecto de PECO de 1941, citado por SANCINETTI, MARCELO A. en “El delito de enriquecimiento ilícito de funcionario público – art. 268, 2, C.P. – Un tipo violatorio del Estado de Derecho”, ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1994, pág. 30.*

⁵ *Proyecto de SOLER de 1960, citado por SANCINETTI, MARCELO A. en “El delito de enriquecimiento ilícito de funcionario público – art. 268, 2, C.P. – Un tipo violatorio del Estado de Derecho”, ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1994, pág. 26.*

⁶ *Decreto/Ley N° 4778/1963, publicado en Boletín Oficial del 19.06.1963, pág. 4.*

16.648⁷, sancionada el 30.10.1964, que redactara el profesor cordobés, inspirada en el *Proyecto de 1960* de SOLER, dándole así forma definitiva a la figura penal, pues incorporó al Código Penal dentro del *Título XI - "Delitos contra la administración pública"* - el *Capítulo IX bis* denominado *"Enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados"*, el cual consta de dos figuras delictivas: la utilización de información o datos de carácter reservado para lucrar - *art. 268 (1)* - y la no justificación de enriquecimiento patrimonial - *art. 268 (2)* -.

En efecto, el artículo tiene su precedente en la fórmula del *art. 346 inc. d)* del *Proyecto de 1960*, que con modificaciones propuso NUÑEZ al Poder Ejecutivo y que éste incluyó en el Proyecto que envió al Congreso. El artículo fue eliminado por la Cámara de Diputados porque según se pensaba, significaba una inversión de la prueba; incluso se llegó a decir que el artículo *"importaba exigir al imputado una declaración contra sí mismo, desconocía el principio in dubio pro reo y constituía una presunción juris et de jure"*⁸. Finalmente, fue introducido nuevamente por el Senado, aunque modificado, se convirtió en Ley.-

La opinión de NUÑEZ es conocida a través del extenso dictamen por medio del cual contestó a la consulta del Ministerio del Interior de entonces sobre el proyecto de ley, oportunidad en la cual destacó *"La codicia y el ánimo de lucro son fuentes, en el país, de una profunda corrupción de la función pública. El Código Penal no carece de reglas que repriman delitos cometidos por funcionarios o empleados públicos, motivados por la codicia o el lucro. Pero, desgraciadamente, por un lado, si los gobiernos – de quienes depende en gran medida el descubrimiento y persecución de esos delitos – han hecho algo frente a la situación imperante, ha sido para favorecer la impunidad. Por otro lado, el sistema represivo ha carecido de normas respecto de un importante aspecto de esa delincuencia como es el que atañe al enriquecimiento ilícito de los funcionarios o empleados públicos"*, destacando que *"La situación creada exige un remedio inmediato. Pero el remedio sólo será eficaz si el refuerzo del sistema punitivo se apoya en una rectificación de la conducta administrativa. Es preciso que la utilización o aprovechamiento lucrativo de la función pública se la comience a*

⁷ Ley N° 16.648, *Anales de Legislación Argentina, Tomo XXIV-C, 1964, La Ley, pág. 2080 y ss;* publicada en el *Boletín Oficial* del 18.11.1964, Número 20571, Página 2, InfoLEG, Información legislativa, servicios.infoleg.gob.ar.

⁸ NUÑEZ, RICARDO C., *"Tratado de Derecho Penal"*, Tomo V, Volumen II, Parte Especial, Marcos Lerner Editora Córdoba, Córdoba, 1992, pág. 143/144.

*mirar y tratar como un delito grave, deshonrante y perjudicial*⁹.

El texto del *art. 268 (2) Cód. Penal* rezaba “*Será reprimido con reclusión o prisión de dos a seis años e inhabilitación absoluta de tres a diez años, el que al ser debidamente requerido, no justificare la procedencia de un enriquecimiento patrimonial apreciable suyo o de persona interpuesta para disimularlo, posterior a la asunción de un cargo o empleo público. La prueba que ofrezca de su enriquecimiento se conservará secreta a su pedido y no podrá ser invocada contra él para ningún otro efecto.*”

La persona interpuesta para disimular el enriquecimiento será reprimida con prisión de uno a cuatro años”.-

La letra del *capítulo IX bis* fue modificada en el año 1999, al dictarse la ley de ética pública N° 25.188 (B.O. 01.11.1999)¹⁰, que ratificó el tipo del *art. 268 (2) Código Penal* aumentando la pena de inhabilitación a perpetua, adicionando como pena conjunta la de multa del cincuenta por ciento al ciento por ciento del valor del enriquecimiento, aclarando que también se entenderá como subsumible típicamente la cancelación de pasivos del funcionario; fijando un límite temporal hasta dos años después del cese del cargo; eliminando la cláusula anterior del secreto de la prueba, y previendo en un tipo siguiente (*art.268(3) Código Penal*) la omisión o falseamiento de la declaración jurada patrimonial.-

A su vez, la *Ley N° 27.401 – B.O. 01.12.2017* –¹¹ cuyo objeto y alcance es establecer el régimen de responsabilidad penal aplicable a las personas jurídicas privadas, contempla de modo expreso, entre los delitos por los que han de responder las mismas, ya sean de capital nacional o extranjero, con o sin participación estatal, el delito de *Enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados (arts. 268 (1) y (2) del Cód. Penal)*, junto a los delitos de *Cohecho y tráfico de influencias, nacional y transnacional (arts. 258 y 258 bis Cód. Penal)*; *Negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas (art. 265 Cód. Penal)*; *Concusión (art. 268 Cód. Penal)* y *Balances e informes falsos agravados (art. 300 bis Cód.*

⁹ *Dictamen del Profesor Dr. Ricardo C. NUÑEZ a la consulta formulada por el Ministerio del Interior sobre el Proyecto de ley del Poder Ejecutivo, Anales de Legislación Argentina, Tomo XXIV-C, 1964, La Ley, pág. 2092.*

¹⁰ *Ley N° 25.188 publicada en el Boletín Oficial del 01.11.1999, Número 29262, Página 1, InfoLEG, Información legislativa, servicios.infoleg.gob.ar.*

¹¹ *Ley N° 27.401 publicada en el Boletín Oficial del 01.12.2017, Número 33763, Página 3, InfoLEG, Información legislativa, servicios.infoleg.gob.ar.*

Penal); e introduce en el *art. 36*, una modificación al primer párrafo del *art. 268 (2) Cód. Penal*, excluyendo la pena de reclusión y fijando el monto de la multa, en *dos (2) a cinco (5) veces del valor del enriquecimiento*.-

En consecuencia, el texto actual del *art. 268 (2) Cód. Penal*¹², conforme a las modificaciones introducidas al mismo, reza:

"Será reprimido con prisión de dos (2) a seis (6) años, multa de dos (2) a cinco (5) veces del valor del enriquecimiento, e inhabilitación absoluta perpetua, el que al ser debidamente requerido, no justificare la procedencia de un enriquecimiento patrimonial apreciable suyo o de persona interpuesta para disimularlo, ocurrido con posterioridad a la asunción de un cargo o empleo público y hasta dos (2) años después de haber cesado en su desempeño. (Párrafo sustituido por art. 36 de la Ley N° 27.401 B.O. 1/12/2017).

Se entenderá que hubo enriquecimiento no sólo cuando el patrimonio se hubiese incrementado con dinero, cosas o bienes, sino también cuando se hubiesen cancelado deudas o extinguido obligaciones que lo afectaban.

La persona interpuesta para disimular el enriquecimiento será reprimida con la misma pena que el autor del hecho.

(Artículo sustituido por art. 38 de la Ley N° 25.188 B.O. 1/11/1999)".-

2. CONSTITUCIONALIDAD DE LA FIGURA: SUS CUESTIONAMIENTOS

Una intensa polémica se ha suscitado en la doctrina en relación a la constitucionalidad del *art. 268 (2) Cód. Penal*, que recepta en el derecho penal argentino el delito de *Enriquecimiento ilícito de funcionarios públicos*, discusión que se ha originado en parte a la defectuosa redacción que presenta el texto legal y condicionada a su vez, por las distintas posiciones adoptadas en relación a cuestiones sustanciales, tales como, la determinación del bien jurídico tutelado por la norma sustantiva y la conformación y naturaleza del tipo penal.-

Entre los diversos argumentos críticos esbozados en torno a la figura, se ubican

¹²Art. 268 (2) Cód. Penal Argentino, edición al cuidado de Fernando M. ZAMORA, Zavallia editor, Buenos Aires, 2018, pág. 113/114.

aquellos que cuestionan su estructura típica, al considerar que no respeta el principio de legalidad ni el derecho penal de acto, por la indeterminación de la conducta prohibida, por violar el principio de inocencia y desconocer el principio “*nemo tenetur*”, éste último, entendido como la prohibición de declarar contra sí mismo, pilares del sistema constitucional penal de un Estado de Derecho (*arts. 18 y 33 Const. Nac. y 8 y 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*).

Asimismo, se ha sostenido que el delito bajo análisis vulnera garantías constitucionales como el debido proceso, la defensa en juicio y el estado de inocencia, por hallarse en él una inversión de la carga de la prueba, al poner en cabeza del imputado la obligación procesal de probar el origen legal de su enriquecimiento patrimonial o cuanto menos que su condición es extraña a la función desempeñada, partiendo de éste modo la incriminación de una presunción de culpabilidad.

Es un clásico en ésta materia, la posición del profesor *Marcelo SANCINETTI*, quien con su habitual profundidad y rigor dogmático se ha ocupado del tema y postula la inconstitucionalidad del tipo penal, retomando argumentos esbozados ya en la discusión parlamentaria de la *Ley 16.648*, cuando la Cámara de Diputados de la Nación, rechazó la incorporación de ésta figura delictiva al Código Penal, en virtud de violar el principio de inocencia y la garantía de que nadie está obligado a declarar contra sí mismo (*art. 18 Const. Nac.*)¹³.

SANCINETTI ya en el prólogo de su obra sintetiza con claridad su tesis “*el art. 268 (2) del Código Penal no presenta un tipo objetivo legítimo, válido como marco del dolo, para fundamentar un hecho punible*” y precisa “*En cualquier caso, se debe acreditar un hecho punible determinado, el cohecho, la negociación incompatible, la exacción, la prevaricación, o bien cualquier otro delito (un robo, una usurpación de marcas, etc.). Nada de esto puede ser “simplificado” mediante la consideración del dato de un enriquecimiento, como situación generadora del deber de explicar el origen legítimo del incremento patrimonial, so pena de incurrir en delito por omisión (lo que en realidad supone la comisión de alguno de los otros delitos, legítimamente perseguibles, sin la carga de demostrar la comisión del hecho*”¹⁴, para

¹³ *Ley N° 16.648, Anales de Legislación Argentina, Tomo XXIV-C, 1964, La Ley, pág. 2080 y ss; publicada en el Boletín Oficial del 18.11.1964, Número 20571, Página 2, InfoLEG, Información legislativa, servicios.infoleg.gob.ar.*

¹⁴ *SANCINETTI, MARCELO A., "El delito de enriquecimiento ilícito de funcionario público – art. 268, 2, C.P. Un tipo violatorio del Estado de Derecho", ed.a d.hoc, Buenos Aires, 1994, pág. 12.*

así concluir que dicha figura “no respeta el principio de legalidad ni el derecho penal de acto, viola el principio de inocencia y desconoce el principio “nemo tenetur”, pilares todos del sistema constitucional penal de un Estado de Derecho (arts. 18 y 33 C. N.; arts. 8, 9 C. A.D.H.)”¹⁵.

En efecto, *SANCINETTI* postula que se trata de un tipo de “recogida”, es decir, para penar delitos contra la administración pública que no le hayan podido ser probados al funcionario público, pues al ser requerido el funcionario por su enriquecimiento durante su función y no poder probar su licitud, se establece una presunción de que se ha enriquecido ilegalmente cometiendo ciertos delitos contra la administración pública.

De ahí, que uno de los principales argumentos esbozados para cuestionar la constitucionalidad de la figura, es su posible colisión con el derecho a la presunción de inocencia en su vertiente de regla probatoria, al estimarse que se invierte la carga de la prueba en perjuicio del acusado, pues según afirma *SANCINETTI* se le exige al imputado la colaboración para establecer la procedencia del enriquecimiento, so pena de darlo por culpable de un delito supuesto, se enfrenta al agente ante la opción de “justificar” la procedencia y resultar condenado por aquel delito o no justificar y resultar condenado entonces por el *art. 268 (2) Cód. Penal*, de tal modo que su falta de colaboración podría bastarle a la acusación para lograr una sentencia condenatoria, sin embargo, entiendo que no es esta la interpretación que debe realizarse, tal como justificaré después.

No se ignora la seriedad de la objeción formulada por *SANCINETTI* y de quienes siguen su posición, como *DONNA* quien indica “No hace falta ser muy astuto para descubrir algunos de los problemas del artículo en estudio, y no tiene por qué ser el intérprete el que llene las lagunas del Derecho y menos aún el que deba justificar los errores legislativos, dándole a normas violatorias de la Constitución el ropaje necesario para su aplicación”¹⁶; y que lo demuestra no sólo el debate parlamentario y sus antecedentes, sino el propio mensaje de *SOLE*R en su proyecto de 1960, y que luego retomara *NUÑEZ* en el texto de la *Ley 16.648*.

En efecto, *Sebastián SOLE*R, quien incluyó el delito en el proyecto de Código Penal de 1960, destacó que hay delitos, mencionando la corrupción, la concusión, el peculado, las

¹⁵ *SANCINETTI, MARCELO A., op. cit., pág. 16.*

¹⁶ *DONNA, EDGARDO ALBERTO, “Derecho Penal. Parte Especial”, Tomo III, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2005, pág. 388.*

negociaciones incompatibles, que son “*ejecutados ordinariamente de modo subrepticio y astuto, sirviéndose su autor de personas interpuestas y de simulaciones. Así resulta que la dificultad de esa prueba concretamente referida a un hecho viene a determinar absoluciones que podríamos llamar escandalosas porque benefician a sujetos cuyo estado de fortuna ha cambiado ostensiblemente en el curso de pocos años de desempeño de una función pública sin que sea fácil señalar la procedencia ilícita de los bienes*”¹⁷.

El Proyecto de 1941 de José PECO sienta el principio de presunción de ilicitud de todo aumento apreciable del patrimonio de un funcionario público, que no provenga de las causas que se enumeran taxativamente en seis incisos. Así establecía “*Salvo prueba en contrario, se presume enriquecimiento ilícito todo aumento apreciable de patrimonio, que no proviene de las siguientes causas: a) emolumentos legales del cargo; b) ejercicio de profesión, oficio o actividad lícita compatible con la función pública; c) acrecentamiento natural de los bienes que se tenían al asumir el cargo o que se adquirieran lícitamente durante su ejercicio y las ventas que produjeran esos mismos bienes; d) herencia, legado o donación por causas extraña a la función, acreditados por instrumento público; e) hechos fortuitos; f) ejercicio de derechos legítimamente adquiridos*” (art. 324)¹⁸.-

Es el propio SOLER quien explica la “*dificultad de la prueba*” que presenta el enriquecimiento de funcionarios, al indicar “*los procedimientos por los cuales se produce el enriquecimiento son invariablemente delictivos en sí mismos: el cohecho, la exacción, la negociación incompatible, el peculado, el abuso de autoridad, la extorsión, la aceptación de dádivas, la venta de humo. En este tema, nihil norum sub sole. Tampoco es nuevo el amplio uso de personas interpuestas y hombres de paja. Solo el agregado de sociedades de paja es una relativa novedad de los tiempos modernos, tan favorable para dictadores desocupados como funesta para república ingenuas*”¹⁹.

El empleo de esa clase de mecanismos que SOLER llama “*hombres de paja*” y “*sociedades de paja*” multiplica las dificultades probatorias ya en sí considerables en toda esa

¹⁷ SOLER, SEBASTIAN, “*Derecho Penal Argentino*”, Tomo V, Ed. Tea, Buenos Aires, 1970, pág. 205.

¹⁸ Proyecto de PECO de 1941, citado por SANCINETTI, MARCELO A. en “*El delito de enriquecimiento ilícito de funcionario público – art. 268, 2, C.P. – Un tipo violatorio del Estado de Derecho*”, ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1994, pág. 30.

¹⁹ SOLER, SEBASTIAN, *op. cit.*, págs. 204/205.

clase de delitos, y ello ha sido causa de que en numerosos antecedentes de la disposición que contempla la figura bajo análisis se tienda a procurar una especie de delito presuntivo o de sospecha, o directamente se establezcan presunciones de culpabilidad, siendo representativo de ese sistema el art. 324 del Proyecto de PECO; por ello SOLER, destaca, que en su Proyecto de 1960 trataron de encaminar esa materia en otro sentido “*dando para ello razones que no se fundaran en una presunción sino en la positiva violación de un deber expreso, asumido por el funcionario*”²⁰.

Tal como lo destaca con agudeza el Dr. Jorge Amilcar Luciano GARCIA – actual Procurador General de la Provincia de Entre Ríos - en su distinguido voto en el fallo “ROSSI”: “*Más allá de que ciertamente, en los debates parlamentarios y en los antecedentes del art. 268 (2) CP se obscurece la fundamentación en descripciones de tipo sociológico o criminológico sobre la impunidad de estas conductas por la cercanía al poder, y sobre si ello podría justificar la presunción de ilicitud, o la simplificación de la investigación de los delitos tradicionales – cohecho, exacciones, negociaciones incompatibles, etc. – lo que obviamente es inadmisibles en un Estado de Derecho, se destacó en todo momento algo que creo es el punto medular de la cuestión: la competencia institucional, o si se quiere deberes especiales de quienes acceden a una función pública, y la pertenencia a dicho status de los deberes positivos, más allá de los clásicos deberes negativos*”²¹.

Ello surge, del párrafo inteligente de SOLER en el mensaje del proyecto de 1960 - art.326 inc.d –, evitando la lisa y llana presunción del proyecto Peco de 1941, pues el mismo sostuvo “*...Ya en otros casos hemos señalado la necesidad de subrayar la existencia positiva de deberes; son muchas las figuras en cuya base se encuentra una exigencia positiva: en los delitos de comisión por omisión esa es también la regla. Pues bien, no hay nada desmedido, irregular o excesivamente severo en imponer a los funcionarios un deber semejante al que recae sobre un administrador común, al cual se le exige, bajo amenaza penal, una rendición de cuentas con la cuidadosa separación de los bienes del administrado. Pues bien, la asunción de un cargo público, comporta un deber semejante, un deber de especial pulcritud y claridad en la situación patrimonial. Quien sienta esa obligación como demasiado pesada o*

²⁰ SOLER, SEBASTIAN, *op. cit.*, pág. 205.

²¹ Cámara Primera en lo Criminal, Sala Segunda de Paraná, Entre Ríos, “ROSSI, Domingo Daniel S/ENRIQUECIMIENTO ILICITO DE FUNCIONARIO PUBLICO”, Causa N° 4270, F° 040, Año 2003, Sentencia 12.06.2006, www.jusentrieros.gov.ar.

incómoda que se aparte de la función pública”²².

Un importante sector doctrinal defiende enfáticamente la constitucionalidad de la figura, que con la reforma constitucional del año 1994, sin lugar a dudas, ha tomado mayor energía. En efecto, el capítulo que recepta el delito de *Enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados públicos* en el Código Penal, ha adquirido un nuevo carácter con motivo de la incorporación a la Constitución Nacional del *art. 36*, pues al equiparar el constituyente expresamente las graves conductas delictivas dolosas contra el Estado que impliquen enriquecimiento a los atentados contra el sistema democrático, denota el inequívoco objetivo de superar las discusiones existentes en la doctrina en torno a la posible afectación a garantías individuales propias de un Derecho penal liberal del referido tipo doloso del *art. 268 (2) Cód. Penal*, al proporcionar un decidido respaldo a la constitucionalidad de la figura, la cual se erige como un claro instrumento idóneo para controlar y limitar el ejercicio del poder estatal de los funcionarios.

Es que a partir de la reforma de la Constitución en el año 1994, la obligación que pesa sobre los funcionarios públicos de dar cuenta de su evolución patrimonial durante el desempeño funcional, ya no solo encuentra su fundamento en el interés social de que los administradores desempeñen honestamente sus funciones, sino de que existe una jerarquía constitucional de tal interés, que evidencia la importancia del ejercicio de la función pública por cuanto la calificación como delito grave y doloso a los actos que conlleven enriquecimiento atentan directamente contra el sistema democrático; siendo de tal importancia el recto ejercicio de la función pública en la Constitución que ella misma ordena la sanción de una ley de ética pública para el ejercicio de la función.

Conforme lo destaca *BIDART CAMPOS*, al analizar el *art. 36 Const. Nac.* “... *Es evidente que el párrafo comentado enfoca el delito de corrupción, y que lo vincula a la llamada “ética pública” aludida en el párrafo final, donde dice que el congreso sancionará una ley sobre ella para el ejercicio de la función. “Ética pública” y “función” (ésta última sin adjetivo) puede traducirse en ética para el ejercicio de la función pública”²³.*

Tal como explica el citado autor, si bien la redacción de la fórmula puede ser objeto de

²² SOLER, SEBASTIAN, *op. cit.* pág. 206.-

²³ BIDART CAMPOS, GERMAN J., “*Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*”, Tomo VI “*La reforma constitucional de 1994, primera reimpresión, EDIAR, Buenos Aires, 1995, pág. 268.*”

críticas semánticas, su sentido se encuentra fuera de toda duda, la ley debe consignar los deberes que la ética impone en y para el desempeño de la función pública, de modo de dar juridicidad normativa a la ética política en el ámbito de las funciones públicas.

No puede perderse de vista, la preocupación en la legislación comparada sobre previsión de normas administrativas que establezcan deberes positivos y negativos sobre lo que se ha llamado "*ética pública*", es decir, la transparencia, probidad y honestidad de los funcionarios públicos, entre los cuales se encuentra siempre el de informar pormenorizadamente el origen y evolución del patrimonio, con la tipificación como ilícito ante su quebrantamiento.

En nuestro derecho, dicha preocupación se refleja no solo en la previsión constitucional en la reforma del año 1994, puntualmente en el citado *art. 36 Const. Nac.*, del enriquecimiento ilícito como atentado al sistema democrático; sino en la llamada "*cláusula ética*", el deber del legislador de sancionar una ley de ética pública para el ejercicio de la función y que derivó en la sanción de la *Ley 25.188*²⁴, la cual ratificó precisamente el tipo del *art. 268 (2) Cód. Penal*.-

En este plano de análisis, no puede soslayarse, conforme ya he analizado, que mediante la *Ley N° 24.759 (1997)* se aprobó la "*Convención Interamericana contra la corrupción*", es decir con jerarquía constitucional, que entre sus "*medios preventivos*" para evitar la corrupción prevé sistemas de declaración y publicidad de los ingresos activos y pasivos de quienes desempeñen funciones públicas (*art. III, p.4*), y que como "*acto de corrupción*" prevé al "*enriquecimiento ilícito*", comprometiéndose los Estados partes "... *Con sujeción a su Constitución y a los principios fundamentales ...*" a tipificarlo como delito, definiéndolo como "... *incremento del patrimonio de un funcionario público con significativo exceso respecto de sus ingresos legítimos durante el ejercicio de sus funciones y que no pueda ser razonablemente justificado por él*" (*art. IX*)²⁵.-

A su vez el Congreso Nacional mediante la *Ley N° 26.097* aprobó la "*Convención Internacional de las Naciones Unidas contra la Corrupción*" celebrada en New York en el año 2003 que entre sus antecedentes expresamente refiere a la Convención Interamericana

²⁴ *Ley N° 25.188 publicada en el Boletín Oficial del 01.11.1999, Número 29262, Página 1, InfoLEG, Información legislativa, servicios.infoleg.gob.ar.*

²⁵ *Ley N° 24.759 publicada en el Boletín Oficial del 17.01.1997, Número 28566, Página 1, texto actualizado, InfoLEG, Información legislativa, servicios.infoleg.gob.ar.*

citada, y donde los Estados parte se comprometen a tipificar el delito de Enriquecimiento ilícito, con idéntica redacción a nuestra norma (*art. 20*)²⁶.-

Tanto en esta Convención como detrás de la reforma penal que incorporó el delito de *Lavado o Blanqueo de Activos de Origen Delictivo - Ley N° 25.246 y sus modificatorias Leyes N° 26.087 y 26.683*²⁷ - se menciona a los delitos derivados de la corrupción funcional, junto a la criminalidad organizada y económica, como deletéreos para el futuro de las sociedades democráticas, son tenidos como antecedentes del lavado, y mencionados expresamente en el *art.6* de la citada Ley en la creación de la Unidad de información financiera (UIF).-

Es que la comunidad internacional en este proceso de uniformización convencional frente a ciertas conductas ilícitas que trascienden lo local, ha entendido al igual que nuestra comunidad democrática desde el Proyecto de 1960, que una de las conductas que afectan más gravemente la convivencia de ciudadanos, es el fenómeno de que sus servidores públicos se enriquezcan de modo ilícito en la función.-

Es el Orden Jurídico el que insiste en mantener dichas normas como determinantes de la identidad social, conservando la denominación de delito para las mismas; ya en los debates parlamentarios y en los antecedentes del *art.268 (2) Código Penal*, se destacó en todo momento los deberes especiales de quienes acceden a una función pública, a quienes se les ha conferido la alta misión de administrar y velar por los intereses de todos, no sólo económicos, los llamados deberes positivos, más allá de los clásicos deberes negativos, a saber: la competencia institucional.

La consagración legislativa de este tipo penal, representa, conforme señala *Humberto VIDAL* “*la culminación o, mejor aún, la coronación del esfuerzo de un Estado democrático y republicano en su pretensión de obturar todo resquicio por donde pueda filtrarse la corrupción funcional*”²⁸, pues existe un deber positivo del funcionario atento al rol que

²⁶ Ley N° 26.097 publicada en el Boletín Oficial del 09.06.2006, Número 30923, Página 1, InfoLEG, Información legislativa, servicios.infoleg.gob.ar.

²⁷ Ley N° 25.246 publicada en el Boletín Oficial del 10.05.2000, Número 29395, Página 1, InfoLEG, Información legislativa, texto actualizado de la norma, servicios.infoleg.gob.ar.

²⁸ VIDAL, HUMBERTO S., citado por CABALLERO, JOSÉ SEVERO, "El enriquecimiento ilícito de los funcionarios y empleados públicos (después de la reforma constitucional de 1994), en L.L. 1997-A-798.

desempeña en la estructura social, de transparentar sus ingresos y evolución económica, como su deber negativo de no enriquecerse con la función.-

Son conocidos los precedentes jurisprudenciales en que se desestimó el argumento de la invalidez constitucional, así entre otros, el precedente “PICO” de la Sala I de la Cámara Nacional de Casación Penal, en el cual se delimitó los alcances de la acción típica, estableciéndose que la misma consiste en enriquecerse patrimonialmente de manera considerable e injustificada, y por tanto un claro delito de comisión, el cual demanda a los fines de su verificación la concurrencia de prueba objetiva del incremento patrimonial, destacando, que el problema no es la inversión de la carga de la prueba, sino el análisis acerca de si el enriquecimiento fue un acto jurídico o antijurídico, para así postular, que no hay que confundir la prohibición de declarar contra sí mismo que establece el *art. 18* de la *Const. Nac.*, de la justificación legalmente requerida por el tipo penal²⁹.

Asimismo, el precedente “ALSOGARAY” donde los integrantes de la Sala IV de la Cámara Nacional de Casación Penal determinaron que el término “*injustificada*” debía entenderse “*en el sentido de no tener origen en una fuente legítimamente compatible con el desempeño del cargo o el empleo de que se trate...*” y que “*...esta injustificación, a la luz de todo lo expuesto, no es, por definición, la que proviene del funcionario cuando es requerido para que justifique ese enriquecimiento, sino la que resulta en principio de la comprobación - en base a las pruebas colectadas en el juicio- de que no encuentra sustento en los ingresos registrados del agente; y, en definitiva, cuando ese aumento del patrimonio excede crecidamente y con evidencia las posibilidades económicas provenientes de los ingresos legítimos del sujeto, es decir, sin justa causa comprobada. De modo que no se castiga sobre la base de una presunción, sino por el hecho cierto y comprobado de que el funcionario se enriqueció durante el ejercicio de la función pública de modo apreciable e injustificado*”³⁰. El temperamento allí adoptado fue posteriormente homologado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

En efecto, en los precedentes de mención se estableció de manera categórica que el

²⁹ *Cám. Nac. de Casación Penal, Sala I, “PICO, José Manuel”, Causa N° 2697, Registro N° 3485, del 08.05.2000, en LL 2001-D-252.*

³⁰ *Cám. Nac. de Casación Penal, Sala IV, “ALZOGARAY, María Julia”, Causa n° 4787, Registro N° 6674.4. del 09.06.2005, en LL-2005-F-140.*

hecho mismo del enriquecimiento o incremento patrimonial debe ser probado exclusivamente por el Estado, y por ende no resultará suficiente la mera presunción de la comisión del delito.

En la misma línea la Sala I de la Cámara Criminal y Correccional Federal, en la causa “JAIME” afirmó la validez constitucional de la figura legal, y lo concibe como un delito de acción, que se consuma cuando se produce el incremento patrimonial considerable e injustificado -y no cuando el encausado omite, frente al correspondiente requerimiento, justificar tal incremento-. Así, se considera, que los cuestionamientos que se realizan “*puede(n) ser neutralizad(os) si llanamente se la toma como delito de acción, donde la conducta típica sea enriquecerse de manera apreciable e injustificada*”³¹.

En la provincia de Entre Ríos existen importantes precedentes que confirman la constitucionalidad de la figura bajo análisis, así la causa “YEDRO” de la Cámara Criminal de Concordia, Sala I, que fuera confirmada por la Sala Penal del Superior Tribunal de Justicia de la provincia³²; el precedente “ROSSI” de la Cámara Primera en lo Criminal, Sala II de Paraná, confirmada por la Sala Penal del S.T.J.³³ y la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que ha dicho “*Es improcedente el cuestionamiento constitucional del artículo 268 (2) del Cód. Penal, si el recurrente no se hace cargo de realizar una crítica concreta y razonada de los fundamentos en que se apoyó el a quo para rechazar los argumentos expuestos, pues, si bien aquél reconoció que en el ámbito académico existen discrepancias acerca del bien jurídico tutelado por la figura penal en cuestión, destacó que los tribunales las han zanjado concibiendo al interés público por la honestidad, transparencia y probidad en el desempeño de los funcionarios, como el objeto de protección en el caso, que resulta lesionado por el enriquecimiento apreciable e injustificado del agente público durante la relación funcional, lo cual constituye la acción típica (Del dictamen del Procurador Fiscal que la Corte hace*

³¹ Sala I de la Cámara Criminal y Correccional Federal, “JAIME, RICARDO RAUL y otros S/ RECHAZO DEL PLANTEO DE INCONSTITUCIONALIDAD, Causa n° 47.315, del 18/10/2012.

³² Cám. Criminal de Concordia, Sala I, “YEDRO, MARIO E. y OT.” del 16/12/2005, confirmado por S.T.J. Entre Ríos del 11.04.2007, <https://www.entrerios.gov.ar>; www.jusentrieros.gov.ar.

³³ Cámara Primera en lo Criminal, Sala Segunda de Paraná, Entre Ríos, “ROSSI, Domingo Daniel S/ENRIQUECIMIENTO ILICITO DE FUNCIONARIO PUBLICO”, Causa N° 4270, F° 040, Año 2003, Sentencia 12.06.2006, confirmada por el S.T.J. Entre Ríos, del 20.11.2006., www.jusentrieros.gov.ar.

suyo) ”³⁴.

En el mismo sentido el precedente “*TALEB*” de la Cámara Primera en lo Criminal, Sala I de Paraná, Entre Ríos, que mereciera la confirmación de la Cámara de Casación de Paraná, fallo en el cual se destacó la adecuación del delito a los postulados de la Carta Magna, enrolándose en el sector doctrinal que se manifiesta a favor de la constitucionalidad de la figura, invocando los precedentes jurisprudenciales que así lo avalan tanto a nivel nacional, entre otros los citados precedentes “*PICO*” y “*ALZOGARAY*” y a nivel provincial “*YEDRO*” y “*ROSSI*”, resaltando “... resulta igualmente indiscutible que hoy, la sociedad toda reclama por la vigencia de este delito como una de las herramientas en la lucha contra la corrupción, a punto tal que los Convencionales de 1994 incorporaron a la nueva Carta Magna el Art. 36, párrafo 5º, que considera al enriquecimiento como un grave delito doloso contra el Estado, además de considerarlo un atentado contra el sistema democrático. Sin olvidar tampoco – de ninguna manera – la Convención Interamericana contra la Corrupción (ley 24.579, B.O. 17/1/97) e incorporada como Tratado con rango Constitucional de acuerdo al art. 75 inc. 22”³⁵.-

En este plano de análisis cobra sustancial relevancia el reciente fallo dictado por la Sala IV de la Cámara Federal de Casación Penal, de fecha 29.08.2018, por mayoría – votos de los Dres. Gustavo M. HORNOS y Juan Carlos GEMIGNANI – en la causa “*C., R.J.A. y otros S/ RECURSO DE CASACION*” (CFP 12099/1998/TO1/12/CFC8) que declaró la imprescriptibilidad de los delitos de corrupción, acudiendo a una interpretación gramatical del texto constitucional, del art. 36 Const.Nac..

En efecto, se destaca como emerge claro de la lectura del texto del art. 36 que uno de los tres tipos penales de carácter constitucional que describe la norma, junto a la conducta de interrumpir la observancia de la Constitución por actos de fuerza contra el orden institucional y 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; es

³⁴ CSJN, “*ROSSI, Domingo Daniel S/ ENRIQUECIMIENTO ILICITO DE FUNCIONARIO PUBLICO*”, Causa N° 2937, del 01.12.2009, Fallos: 332:2659, LL-2010-B-230.

³⁵ Cám. Primera en lo Criminal de Paraná, Sala I, “*TALEB, RAUL ABRAHAM S/ENRIQUECIMIENTO ILICITO DE FUNCIONARIO PUBLICO*”, Causa N° 6118 F° 57 del 18.04.2016, confirmada por la Cám. de Casación de Paraná, Registro N° 544/16 del 02.11.2017, www.jusentrerios.gov.ar.

precisamente, la de quien se enriquece mediante la comisión de un grave delito doloso en perjuicio del Estado, siendo ésta la que posee más vigencia en estos tiempos en el que las instituciones democráticas se encuentran definitivamente consolidadas.

Tras afirmar que los casos graves de corrupción constituyen un delito de carácter constitucional, determinó las consecuencias que acarrea el hecho de que el constituyente los haya catalogado como parte de los posibles atentados contra el sistema democrático. En efecto, acudiendo a una interpretación gramatical del texto constitucional, tras destacar que no caben dudas de que las acciones contra quienes cometan los dos primeros delitos constitucionales previstos por el *art. 36* no son susceptibles de prescripción, concluye que se extiende también al delito constitucional del *quinto párrafo*, valiéndose del término “*asimismo*” escogido por la Convención constituyente.

Al respecto el Dr. *HORNOS* en su voto, previo reconocer que éste análisis del *art. 36 Const. Nac.* ya había sido efectuado por el Juez *Leopoldo Héctor SCHIFFRIN* (*Sala II Cám. Federal de Apelaciones de La Plata, sent. 06.10.2016, causa “M.D.M. y otros”*) antes de retirarse de la magistratura, destacó: “*Cuando la Constitución señala que “asimismo atentará contra el sistema democrático quien incurriere en grave delito doloso contra el Estado que conlleve enriquecimiento” refiere que los graves hechos de corrupción cometidos contra el Estado que conllevan enriquecimiento atentan contra el “sistema democrático” del mismo modo en que en lo hacen los otros dos supuestos. Por ello, al ser un atentado contra la democracia, y al no haberse establecido constitucionalmente diferencias sobre estos tópicos, es que necesariamente este supuesto debe tener las mismas consecuencias jurídicas que impiden la prescripción, el indulto y la conmutación de penas. Las excepciones a esa equiparación de efectos solamente están dadas por aquellas cuestiones que la propia Constitución dispone. Puntualmente en los primeros dos supuestos la pena de inhabilitación para ocupar cargos públicos es a perpetuidad mientras que en el quinto párrafo se aclara que será por el tiempo que determine la ley. Del mismo modo, el derecho de resistencia del que trata el cuarto párrafo está reservado únicamente contra quienes ejecuten los “actos de fuerza” mencionados en el artículo”; y agrega “la elección del término “asimismo” no es superflua o producto de una casualidad o un juego de palabras. Con ese término la Constitución reconoce la realidad de este tiempo en el que la corrupción atenta contra la República y sus instituciones (Art. 36, quinto párrafo C.N.); como en el siglo pasado fueron considerados los golpes de Estado (Art. 36, primer y tercer párrafo, de la C.N.) y en el*

anterior la adjudicación de la suma del poder público (Art. 29 de la C.N.)”³⁶.

Sintetiza con agudeza el Dr. HORNOS en su Voto la real dimensión de éste flagelo: “Es que no podemos incurrir en una percepción ingenua ni en una mirada sesgada de la real dimensión que tienen los graves hechos de corrupción cometidos contra el Estado, considerando que, y especialmente en las naciones en vías de desarrollo, la institucionalidad y el Estado de Derecho se encuentran en crisis por la gravedad de esos actos que se llevan a cabo tanto en el sistema político como en el sector privado”³⁷.

Basta para reforzar la convicción acerca de la constitucionalidad de la figura en estudio, sopesar las exigencias que se han establecido en todo el ordenamiento legal, en lo que hace a la obligación de rendir cuentas que tienen todos los administrados y con más razón, aquellos cuya actividad se orienta a la administración de fondos públicos; amén del comportamiento ético que le es exigido a quienes se desempeñan en la función pública.

Sin lugar a dudas, el capítulo del Código Penal que recepta el delito de *Enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados públicos*, ha adquirido un nuevo carácter con motivo de la incorporación a la Constitución Nacional del citado *art. 36*, pues al equiparar el constituyente expresamente las graves conductas delictivas dolosas contra el Estado que implique enriquecimiento a los atentados contra el sistema democrático, denota un firme respaldo a la constitucionalidad de la figura, dejando carente de fundamentación aquel sector doctrinal que cuestiona su constitucionalidad, zanjando en definitiva la discusión existente.

3. BIEN JURÍDICO TUTELADO

En la doctrina no existe consenso acerca de cuál es el bien jurídico tutelado por la norma que tipifica el delito de *Enriquecimiento ilícito de funcionarios públicos* en el derecho Penal argentino (*art. 268 (a) Cód. Penal*). Existe una postura clásica que es consecuente con la ubicación sistemática del delito en el Código Penal, dentro del *Título XI*, dedicados a los

³⁶ Cámara Federal de Casación Penal, Sala IV, 29.08.2018, “COSSIO, Ricardo Juan Alfredo y otros S/Recurso de Casación” – Registro N° 1075/18, <https://www.cij.gov.ar..>

³⁷ *Ídem nota anterior.*

delitos contra la *Administración Pública*, que sostiene que el bien jurídico que la norma tutela es el patrimonio y el normal funcionamiento de la administración pública en el que se procura resguardar frente a los hechos que, inspirados en un fin lucrativo del agente, pervierten la actuación funcional de ésta; de ahí, que el objeto de tutela es la protección de la imparcialidad de los órganos de la Administración Pública frente a terceros, sobre todo cuando se la ve atacada por quienes utilizan los poderes propios de la función para lucrar y/o permitir beneficios a terceros.

En esa línea *NUÑEZ* postula que la norma resguarda “*la administración pública frente a hechos, motivados por el espíritu de lucro, que corrompen la actuación funcional pública*”³⁸.

Por su parte *CREUS* señala “*No parece que la disposición esté enderezada a la protección del funcionario honesto, que puede verse comprometido, ante un aumento de su patrimonio, por sospechas malévolas, sino que se trata de prevenir conductas anormales que persigan el logro de esos aumentos patrimoniales prevaleciéndose de la condición de funcionario por parte del agente*”³⁹.

Un sector doctrinal pone el acento en el interés social, así *CABALLERO* sostiene es “*el interés social de toda la comunidad que sus funcionarios o empleados públicos no corrompan la función pública y que justifiquen su enriquecimiento al ser requerido, como una exigencia no sólo legal, sino social*”⁴⁰.-

Sin embargo y a propósito de la búsqueda de un valor jurídico superior, se postula que el tipo penal tutela la imagen de la función pública, es decir, el tipo penal no busca reprimir el acrecentamiento patrimonial indebido del funcionario público, sino por el contrario la imagen de “*transparencia*”, “*gratuidad*” y “*probidad de la administración pública*”.

En ese sentido *De Luca* y *López Casariego*, han sostenido que el bien jurídico, y lo que se encuentra en cuestión es la “*... imagen de transparencia, gratuidad y probidad de la administración y de quienes la encarnan ...*”; en consecuencia, afirman que “*... aunque un*

³⁸ *NUÑEZ, RICARDO C.*, “*Tratado de Derecho Penal*”, Tomo V, Volumen II, Parte Especial, Marcos Lerner Editora Córdoba, Córdoba, 1992, pág. 140.

³⁹ *CREUS, CARLOS*, “*Delitos contra la administración pública*”, editorial Astrea, Buenos Aires, 1981, pág. 416/417.

⁴⁰ *CABALLERO, JOSÉ SEVERO*, “*El enriquecimiento ilícito de los funcionarios y empleados públicos (después de la reforma constitucional de 1994)*”, en L.L. 1997-A-796.

funcionario se haya enriquecido lícitamente, por ejemplo, ganó la lotería o recibió una herencia, el no justificarlo lesiona el bien jurídico, porque todos los administrados al percibir por sí mismos el cambio sustancial en el patrimonio del funcionario se representarán – fundada o infundadamente – que está originado, entiéndase indebidamente originado, en su actividad pública y, por ende, que los perjudica, ya que la administración pública tiene su única razón de existencia (objeto y fin) y sustento (económico a través de los tributos) en los ciudadanos”⁴¹.-

DONNA si bien destaca que la posición de los citados autores es una de las más convincentes en la doctrina, esboza una crítica a dicha posición, al estimar que detrás de las observaciones de los autores se encuentran afirmaciones que no tienen sustento más que en sus enunciados, más no brinda cuál es su opinión acerca del bien jurídico tutelado. Así afirma “*Que el bien jurídico sea la transparencia, la gratuidad y probidad de la administración pública es una afirmación que no está basada en ningún antecedente legislativo, ni en el título del propio Código, ni en la estructura de la norma, amén de que avanza sobre un problema ético que es rechazado por el Estado de Derecho. Lo que sucede es que en vías de perseguir a funcionarios que se supone deshonestos, y a los fines de que no exista una laguna de punibilidad, hay toda una corriente que intenta justificar la norma, pero no es ésta la función del jurista, sino hacer la crítica cuando hay que hacerla y decir lo que hay que decir, aunque existan lagunas de punibilidad*”⁴².

Con la reformulación constitucional que se ha operado a partir de la reforma de 1994 y la posterior inclusión de normas internacionales con rango constitucional, deviene evidente, que el sentido del bien jurídico protegido se encuentra en la exigencia puesta en cabeza de los funcionarios de mantener conductas probas, transparentes y austeras.-

En efecto, *Carlos A. MANFRONI*, miembro del grupo de trabajo que redactó la *Convención Interamericana contra la Corrupción (Ley 24.759)*, en *La Nación* del 05.03.1998, señaló que “*La realidad es que el enriquecimiento ilícito es un delito autónomo, y mediante la norma que define esa figura jurídica el Estado reprime la falta de transparencia de sus*

⁴¹ DE LUCA, JAVIER AUGUSTO y LOPEZ CASARIEGO JULIO E., “Enriquecimiento Patrimonial de Funcionarios, su no justificación y problemas constitucionales”, en *Revista de Derecho Penal – 2004-2 –*, “Delitos contra la Administración Pública II”, Rubinzal-Culzoni Editores, p. 125/126.

⁴² DONNA, EDGARDO ALBERTO, “Derecho Penal. Parte Especial”, Tomo III; Rubinzal – Culzoni editores, Buenos Aires, 2005, p. 394.

funcionarios. La comunidad tiene derecho a exigir que exista una correspondencia exacta o, al menos, aproximada, entre los bienes que poseen quienes administran sus recursos y los que esos administradores pueden justificar. Cuando esa correspondencia no existe, se daña la imagen de la función pública y la confianza que la autoridad debe inspirar entre los gobernados, y eso es precisamente lo que se pena, ya que al descrédito de los gobiernos sobrevienen muchos males, tales como el desaliento para el esfuerzo, la evasión y la anarquía ¿Por qué una nación no puede imponer pena a los gobernantes ... que no se toman el trabajo de avalar sus cuentas o no están en condiciones de hacerlo? No importa de dónde proviene el dinero. No es verdad que el funcionario deba justificar sus bienes para librarse de ser condenado por otro delito, sino que precisamente la falta de justificación de los bienes constituye el delito. La transparencia es el bien jurídico protegido”⁴³.-

Tal como lo destacan DE LUCA y CASARIEGO “... el principio republicano manda que los funcionarios deban tener una conducta transparente y que los ciudadanos puedan conocer de qué viven, es decir, cómo se han enriquecido, empobrecido o mantenido. Porque debemos contar con su probidad (honradez) y ésta es la imagen que reflejan cuando el origen o conformación de sus patrimonios es claro. Nada impide que un funcionario se enriquezca durante su función, en tanto y en cuanto declare sus ingresos, no existan incompatibilidades funcionales y/o sea autorizado por la administración a contar con otros distintos de su sueldo”⁴⁴.-

No puede soslayarse, cual es la orientación teleológica de las Convenciones internacionales de lucha contra la corrupción que fueron aprobadas por nuestro Congreso, y que se refleja en la preocupación en la legislación comparada sobre previsión de normas administrativas que establezcan deberes positivos y negativos sobre lo que se ha llamado “ética pública”, es decir, la transparencia, probidad y honestidad de los funcionarios públicos, entre los cuales se encuentra siempre el de informar pormenorizadamente el origen y evolución del patrimonio, con la tipificación como ilícito ante su quebrantamiento.

En nuestro derecho, tal como ha sido destacado al analizar la constitucionalidad de la figura, dicha preocupación se refleja no solo en la previsión constitucional en la reforma del año 1994, puntualmente en el *art. 36 Const. Nac.*, del enriquecimiento ilícito como atentado

⁴³ citado por DE LUCA, JAVIER AUGUSTO y LOPEZ CASARIEGO JULIO E., *Op. cit.* p. 125/126.-

⁴⁴ DE LUCA, JAVIER AUGUSTO y LOPEZ CASARIEGO JULIO E., *Op. cit.*, pág. 126/127.

al sistema democrático; sino en la llamada "*cláusula ética*", el deber del legislador de sancionar una ley de ética pública para el ejercicio de la función y que derivó en la sanción de la *Ley 25.188*⁴⁵.-

Tanto del debate como de los fundamentos de la *Ley 25.188* de ética de la función pública, se desprende con meridiana claridad, que lo que se procura amparar mediante dicha ley, dentro de la cual se encuentra inmersa la reforma del *art. 268 (2) Cód. Penal*, es la transparencia del sistema en beneficio de la honestidad de la función pública, como exigencia del principio republicano de gobierno que rige nuestra Constitución Nacional (*art. 1º Const. Nac.*) y el derecho a la información de tales actos que poseen los gobernados, garantizándose un mecanismo de control público, como derivación lógica de dicho postulado, con el correlativo deber de los que administran el erario público de dar cuenta de los negocios en los que hubiesen intervenido en razón de su función.-

La Ley de ética de la función pública, ha dedicado gran parte de su texto en fijar mecanismos de control que actúen preventivamente y de manera disuasiva; y entre esos mecanismos se han instaurado deberes que deben acatar los funcionarios, cuyo incumplimiento trae aparejada una sanción; y precisamente, en éste plano, es donde debe buscarse el bien jurídico protegido actualmente por el reformado *art. 268 (2) Cód. Penal*.-

4. ESTRUCTURA TÍPICA DE LA NORMA DEL ART. 268 (2) CÓDIGO PENAL

4.1. TIPO OBJETIVO: LA ACCIÓN TÍPICA: POSICIONES DOCTRINARIAS

Conforme ha sido expuesto, la intensa polémica suscitada en la doctrina en relación a la constitucionalidad del *art. 268 (2) Cód. Penal*, que recepta en el derecho penal argentino el delito de *Enriquecimiento ilícito de funcionarios públicos*, en gran medida se ha originado en la defectuosa redacción que presenta el texto legal y condicionada a su vez, por las distintas posiciones adoptadas en relación a cuestiones sustanciales, entre ellas, la conformación y

⁴⁵ *Ley N° 25.188 publicada en el Boletín Oficial del 01.11.1999, Número 29262, Página 1, InfoLEG, Información legislativa, servicios.infoleg.gob.ar.*

naturaleza del tipo penal.-

En efecto, atento la confusa redacción que presenta el texto del *art. 268 (2) Cód. Penal*, han sido grandes las dudas que suscitó en la doctrina, en lo que concierne a la descripción de la acción típica; pues no existe acuerdo, si se está en presencia de un delito de acción, omisión o complejo; la ley solo describe la consecuencia dada por una diferencia patrimonial que objetivamente aparece como injustificada e impone un deber.

La norma del *art. 268 (2) Cód. Penal* castiga al funcionario que “*al ser debidamente requerido, no justificare la procedencia de un enriquecimiento patrimonial apreciable suyo o de persona interpuesta para disimularlo, ocurrido con posterioridad a la asunción de un cargo o empleo público y hasta dos años después de haber cesado en su desempeño*”, aclarando que “*Se entenderá que hubo enriquecimiento no sólo cuando el patrimonio se hubiese incrementado con dinero, cosas o bienes, sino también cuando se hubiesen cancelado deudas o extinguido obligaciones que lo afectaban*”⁴⁶.

Existen distintas posturas en la dogmática tradicional de nuestro ámbito, a la hora de definir la acción típica que contiene la norma; se ha sostenido que lo que se castiga es el hecho de enriquecerse ilícitamente y que la no justificación es una condición de punibilidad o un presupuesto de procedibilidad. Asimismo, se ha dicho que la conducta es la de no justificar, que el delito se perfecciona con esa omisión; y finalmente quienes postulan que se está en presencia de un delito complejo, que exige el acto positivo de haberse enriquecido apreciablemente y el negativo de no justificar la procedencia del enriquecimiento.

En lo que sigue procederé a analizar las distintas tesis, a fin de evaluar sus bondades y debilidades, a los efectos de determinar cuál de las construcciones es la que mejor sortea los cuestionamientos acerca de la constitucionalidad de la figura.

4.1.1. TESIS DE LA OMISIÓN

Según ésta tesis se trata de un *delito de omisión*, siendo lo constitutivo del ilícito, el “*no justificar el enriquecimiento apreciable*”, por tanto el verbo típico no es el de enriquecerse

⁴⁶ *Art. 268 (2) Cód. Penal Argentino, edición al cuidado de Fernando M. ZAMORA, Zavallia editor, Buenos Aires, 2018, pág. 113/114.*

ilícitamente sino el de “*no justificar*”; la ley no consagra una presunción, sino que impone un deber y lo que se pune es su incumplimiento, allí radica el núcleo del delito y nada se presume.

Se inscribe en ésta posición *Carlos CREUS* quien ateniéndose a la letra de la ley, considera que la conducta típica es “*no justificar*” la procedencia de un enriquecimiento patrimonial apreciable y señala “*no se necesita indagar mucho para detectar que el enriquecimiento es una circunstancia del tipo que no tienen ninguna de las características de las condiciones objetivas de punibilidad ni de procedibilidad y que no integra la conducta típica del agente, que es la de no justificar, el enriquecimiento es algo que preexiste a la acción típica, pero no la integra en cuanto a conducta típica porque de la fórmula legal se desprende la posibilidad de la existencia de un enriquecimiento perfectamente lícito, pero si, por ejemplo el agente se niega a probar su procedencia, igual se darían las características que informan la tipicidad en el art. 268 (2), o puede probar un origen perfectamente ilícito sin que se den esas características*”, para concluir “*El artículo, en algunos aspectos, es una exageración republicana del legislador*”⁴⁷.

En efecto, *CREUS*, afirma que la acción típica es una omisión: “*no justificar*” la procedencia del enriquecimiento, para así descartar que sea la de enriquecerse, al parecer imposible que la ley esté prohibiendo el enriquecimiento, pues la norma no hace referencia alguna a un enriquecimiento ilícito. Admite la aplicación de la figura aún frente a un enriquecimiento lícito y explica que esta repetida desviación interpretativa, quizás provenga de la denominación del delito como “*Enriquecimiento ilícito*” cuando en puridad debería denominarse “*no justificación de enriquecimiento*”.

Cuando la ley habla de “*no justificar*”, el significado complejo del término alude a la falta de acreditación de la procedencia del enriquecimiento, ya provenga de una negativa, expresa o implícita (*no contestar el requerimiento*), ya de la imposibilidad de probar esa procedencia (*insuficiencia de justificación*), quedando comprendido en el concepto de justificación la prueba de la inexistencia del enriquecimiento atribuido.

“*la acción está constituida por la de no probar la procedencia del enriquecimiento, o en no hacerlo suficientemente. Lo que la ley de ningún modo exige es que se prueba el origen*

⁴⁷ *CREUS, CARLOS, “Delitos contra la administración pública”, editorial Astrea, Buenos Aires, 1981, pág. 417/418.*

lícito del incremento, si nos atenemos a la ubicación del delito y al bien jurídico protegido, veremos que lo único que se requiere es que se acredite una causa del enriquecimiento extraña al desempeño de la función; si el funcionario o el ex funcionario prueba que el enriquecimiento procede de la comisión de un delito ajeno a su desempeño funcional, eventualmente podrá ser condenado por este último, pero no por el enriquecimiento ilícito en los términos del art. 268 (2)''⁴⁸.

Así, entiende el autor citado que para afirmar la tipicidad basta con la ausencia o la insuficiencia de la prueba que debe producir el agente, no es necesario que el Fiscal pruebe que el enriquecimiento tuvo su origen en un acto de abuso o de corrupción funcional por parte de aquel, bastará que pruebe la existencia del enriquecimiento patrimonial apreciable, que puede consistir tanto en un aumento del activo como en una disminución del pasivo; siendo apreciable, cuando resulta considerable con relación a la situación económica del agente en el momento de asumir el cargo y que no está de acuerdo con las posibilidades de evolución normal de aquella durante el tiempo del desempeño funcional o en el período ulterior al cese en la misma hasta que se produce el requerimiento.

En efecto, *CREUS* señala que el esquema lógico del legislador ha sido que un enriquecimiento apreciable, producido con posterioridad a la asunción del cargo, permite sospechar que se ha relacionado con el ejercicio anormal del mismo y por esa razón lo que la ley ha pretendido es establecer una vinculación necesaria entre las causas del enriquecimiento y el ejercicio de un cargo o empleo público, pero lo cierto es que la ley no dispone que se acredite que el enriquecimiento haya tenido origen en actividades, por lo menos incompatibles, relacionadas con el cargo, de ahí, que si se acreditó el enriquecimiento y el agente no justificó su procedencia, según la tesis de la omisión, el tipo se da igualmente.

En el mismo sentido se orienta la opinión de *Ricardo NUÑEZ*, quien si bien en su *Tratado* adopta la tesis del delito complejo, luego vuelve en el *Manual* a la tesis de la omisión al sostener "*El delito, que es de omisión, existe si una autoridad competente para investigar en el caso concreto la comisión de un delito o la conducta del sospechado como funcionario o empleado, le requiere a éste que justifique la procedencia del enriquecimiento y el requerido no prueba, o la inexistencia del enriquecimiento o que su origen, legítimo o ilegítimo, está desvinculado del ejercicio del cargo o empleo o de su calidad de funcionario o*

⁴⁸ *CREUS, CARLOS, op. cit., pág.418/419.*

empleado. La última instancia probatoria es, siempre, el pertinente proceso penal".⁴⁹

Siguiendo a los destacados autores argentinos, José Severo CABALLERO también se enrola en ésta posición, al entender que *"El artículo revela en su texto que la acción delictiva consiste en "no justificar" la procedencia del enriquecimiento apreciable, producido con posterioridad a la asunción de un cargo público"*⁵⁰.

Esta construcción como figura omisiva es para DE LUCA y LOPEZ CASARIEGO la que mejor explica el delito, pues estiman que no se corresponde con un tipo activo y no observan inconveniente alguno en que el centro de imputación a nivel de tipicidad esté constituido por colocarse el funcionario en situación de imposibilidad de justificación cuando el origen es ilícito, o en el no justificar pudiendo hacerlo cuando el origen es lícito.

*"consideramos que el delito no consiste en enriquecerse ilícitamente, no sólo porque esa conducta activa no está descripta en el artículo (principio de legalidad e interpretación restrictiva), sino porque pese a su procedencia lógica, resta un paso ontológico (y no necesariamente temporal o espacialmente separable); el no cumplimiento de justificar la procedencia lícita. A nuestro modo de ver, como ya se dijo, se trata de un delito de omisión, expresamente redactado por el legislador, y que no es equiparable a un tipo activo como ocurre con algunos impropios de omisión, como la retención indebida (art. 173 inc. 2º), la no justificación de la salida o existencia de bienes para el quebrado (art. 176, inc. 2º), el incumplimiento de deberes de asistencia familiar, la no liberación o soltura de un detenido o preso (art. 143, inc. 1º), el funcionario que demora injustificadamente un pago o que rehúsa entregar los efectos custodiados o administrados (art. 264), etcétera"*⁵¹.

Los autores citados describen los elementos de los que se nutre la situación generadora del deber de justificar; a saber:

1) *condición de funcionario público*: se les exige a los funcionarios públicos determinados deberes como requisito previo y permanente, desde el inicio y durante el ejercicio de la función pública y posterior vinculado a aquella, lo que no merece reparo

⁴⁹NUÑEZ, RICARDO C., *"Manual de Derecho Penal"*, Parte especial, 2da. edición actualizada por Victor F. Reinaldi, Marcos Lerner editora, Córdoba, 1999, pág. 456.

⁵⁰CABALLERO, JOSE SEVERO, *op. cit.* pág. 795.

⁵¹ DE LUCA, JAVIER AGUSTO y LOPEZ CASARIEGO, JULIO E., *Op. cit.* pág. 134.

constitucional; habida cuenta, que previo a asumir una función tienen pleno conocimiento de que no es esta la vía para hacerse rico ni guardar su patrimonio de la vista de los ciudadanos (*advertencia de la ley previa*). Existe una asimilación incorrecta entre las garantías de las personas y las de los funcionarios, pues las garantías las tienen todas las personas, sean o no funcionarios, en tanto éstos últimos tienen deberes que no tienen las primeras y la exigencia de su cumplimiento no importa violación a ninguna garantía personal.

2) *Incremento patrimonial de carácter objetivo, comprobado, notorio, apreciable y desproporcionado a sus ingresos*: esta situación fáctica no es necesariamente un acto de enriquecerse, se trata de una situación objetiva que genera la obligación de actuar para evitar la lesión del bien jurídico (imagen de transparencia); y es objetiva porque una persona se puede enriquecer de diferentes formas, distintas de la adquisición consciente y voluntaria de bienes.

3) El *debido requerimiento de justificación y su omisión*: la expresión “*debidamente requerido*” debe entenderse como el debido proceso legal, es decir, una imputación que surge de un proceso en el que cuente con la posibilidad de ejercer el derecho de defensa y donde se le respeten los derechos de aportar prueba y ser oído.

Para los autores de mención, este elemento del tipo penal no debe ser confundido con un acto formal dentro o fuera del proceso penal, porque ello constituiría una inadecuada identificación de cuestiones que hacen al tipo penal con elementos procesales; no es el legislador penal el que indica cuál debe ser el debido requerimiento de justificación; demostrando esta distinción que existen muchos preconceptos basados en una identificación incorrecta entre cuestiones procesales y penales.

Para que la omisión de justificar sea típica, *CREUS* señala, debe haber mediado un *debido requerimiento* para que se justifique el enriquecimiento, lo cual no importa reclamar una declaración total del patrimonio, sino la prueba de lo indicado como incremento; y puede ser formulado mientras el funcionario se encuentra ejerciendo la función o en cualquier momento después de haber cesado en la misma, que con la reforma introducida a la norma por *Ley 25.188*, se fija un límite temporal “*hasta dos años después de haber cesado en su desempeño*” (*cfr. art. 268 (2) primer párrafo Cód. Penal*).-

Según ésta posición, la acción se consuma cuando vencidos los plazos fijados para contestar al requerimiento o, en su defecto, transcurridos los plazos procesales pertinentes para el ejercicio de la defensa, el agente no justificó o no alcanzó a justificar, si trató de

hacerlo, la procedencia del enriquecimiento.

No admiten los argumentos que se basan en la imposibilidad de realizar la acción mandada de justificar, pues sostienen, que el funcionario que ve incrementado su patrimonio por cualquier causa, ya conoce que deberá justificar el mismo, lo cual no implica la obligación de confesar un delito, pues tal enriquecimiento puede obedecer a otras causas; y si se coloca voluntariamente en posición de no poder demostrar, es decir, en incapacidad de realizar la conducta debida, ya realiza el ilícito. El elemento omisión de justificación futura se manifiesta después como consecuencia de que ex profeso se colocó en esa situación. Si el funcionario se enriquece lícitamente pero no justifica, también comete este delito porque el bien jurídico igualmente será afectado ya que todos los ciudadanos no confiarán en la transparencia de su mandatario.

"la interpretación del texto de la ley debe respetar el principio político-constitucional por el cual los ciudadanos tenemos el derecho de saber de qué viven nuestros funcionarios y nos preocupa seriamente que el sueldo del Estado no les alcance para hacerlo sin tentaciones externas o la manutención de terceros. De modo que el funcionario también deberá justificar que otra persona colabora con su enriquecimiento, aunque ello le depare un costo sentimental, familiar o de cualquier otra índole. No se trata de que esté prohibido que los funcionarios tengan amantes o de que deban revelar su existencia, sino de que los ciudadanos tenemos derecho a saber cómo se conforma su patrimonio"⁵²; a propósito de los ejemplos citados para explicar las situaciones en las cuales no se encontraría el funcionario en condiciones de justificar, a saber el supuesto de un funcionario/a mantenido/a por su amante.

Para ésta posición, al ver al delito como puramente omisivo, se rechaza la posibilidad de tentativa, al ser lógicamente incoherente, pensar en actos ejecutivos en el sentido del *art. 42 del Cód. Penal*.

⁵² DE LUCA, JAVIER AUGUSTO y LOPEZ CASARIEGO, JULIO E., *op. cit.* pág. 141.-

4.1.2. TESIS DEL DELITO COMPLEJO

Para esta tesis sostenida por quien fue el mentor de la figura – *Ricardo NUÑEZ*⁵³ -, el tipo penal sería complejo, integrado tanto por la conducta que conduce al enriquecimiento patrimonial apreciable del autor como por la no justificación de su procedencia al ser debidamente requerido para que lo haga, como omisión posterior.

Por tanto comprende: el enriquecimiento como acto positivo y la omisión al deber de justificación emergente del enriquecimiento y del requerimiento, o simplemente, una imposibilidad de hacerlo. *NUÑEZ* explica que *"... Sin enriquecimiento apreciable no puede haber requerimiento y, por consiguiente, deber de justificar. Pero existiendo enriquecimiento solo el requerimiento impone ese deber"*⁵⁴.

El enriquecimiento, conforme señala *NUÑEZ* *"debe ser posterior a la asunción de un cargo o de un empleo público y debe carecer de justificación en el sentido de no tener origen en una fuente legítimamente compatible con el desempeño del cargo o del empleo público de que se trate. La ley no exige que la acusación pruebe que el enriquecimiento tuvo su origen en un determinado acto de abuso del cargo o del empleo y, menos, que lo tuvo en otro acto ilícito, delictuoso o no. El enriquecimiento posterior a la asunción del cargo o del empleo puede producirse durante el desempeño de éstos o después de haber cesado en ellos. El enriquecimiento operado antes de la asunción del cargo o del empleo no está comprendido aunque se vincule al ejercicio posterior de ellos. Si está comprendido el operado después de la asunción, pero vinculado antes a ese ejercicio. El enriquecimiento operado después de la cesación en el cargo o empleo no tiene un término ad-quem y, por consiguiente, puede suceder mientras no haya requerimiento. La vinculación con el cargo o empleo es cuestión de prueba"*⁵⁵.

El enriquecimiento cuya justificación puede requerirse, puede presentarse directamente en el patrimonio del funcionario mismo o indirectamente en el de un

⁵³ *NUÑEZ, RICARDO C., "Tratado de Derecho Penal", T. V-Vol II, Parte especial, ed. Lerner, Córdoba, 1992, pág. 144 y sig.*

⁵⁴ *NUÑEZ, RICARDO C., op. cit. pág. 144.*

⁵⁵ *NUÑEZ, RICARDO C., op. cit. pág. 145.*

"testaferro" utilizado por aquél para disimular el hecho, tal como establece el texto legal "el de persona interpuesta para disimularlo"; y esa relación debe ser probada en orden a la acreditación del delito.

Al respecto NUÑEZ dice *"He modificado la fórmula del proyecto de 1960 (artículo 346, letra d). He sustituido la fórmula "incremento considerable de su patrimonio" por la de "un enriquecimiento patrimonial suyo o de persona interpuesta para disimularlo". Aquella fórmula deja sin castigo el enriquecimiento efectivo ilícito que no es considerable; y no elimina en la medida conveniente las dificultades que respecto de la prueba de su existencia ofrece el caso del enriquecimiento disimulado mediante la actuación de un personero o por la asignación de los bienes a terceros. El hecho es grave y merece la pena que propongo. El párrafo 2º castiga a la persona interpuesta, claro está, siempre que obre con dolo"*⁵⁶.

Aquí NUÑEZ se aparta de la regla del art. 45 Cód. Penal relativa a la participación necesaria, que equipara la pena del partícipe a la del autor, pues el *segundo párrafo* del art. 268 (2) Cód. Penal, castiga con pena menor a la persona interpuesta para disimular el enriquecimiento, aclarando que persona interpuesta es el que *"obra como personero del funcionario, es decir, simulando ser el real partícipe en el acto o negocio para encubrir el interés de aquél. Esta conducta presupone una actuación dolosa. Es posible que el funcionario, sin conocimiento del tercero simule su intervención o que el tercero actúe sin dolo, víctima de un engaño. En estos casos no se tratará de una persona interpuesta punible, sino de un tercero inocente"*⁵⁷.

En relación al requerimiento formulado al funcionario o ex funcionario para que justifique la procedencia del enriquecimiento suyo o de persona interpuesta para disimularlo, NUÑEZ explica que debe ser hecho *debidamente*, lo cual presupone *"por un lado, que el requerimiento debe ser hecho por una autoridad competente para investigar la comisión del delito, de oficio o por demanda o querrela particular, como son las autoridades judiciales o policiales competentes en el caso concreto. En efecto, se trata de un delito perseguible por acción pública, sometido a las reglas procesales comunes, y el requerimiento implica su investigación. Por otro lado, el requerimiento debe ser específico en lo que atañe al*

⁵⁶Contestación de NUÑEZ a la consulta formula por el Ministerio del Interior, citada por FONTAN BALESTRA, CARLOS, op. cit., pág. 325.

⁵⁷ NUÑEZ, RICARDO C., op. cit., pág. 146.

*enriquecimiento investigado e imputado en el procedimiento pertinente. La falta de debido requerimiento excluye la obligación de justificar*⁵⁸.

Respecto de la autoridad facultada para formular el requerimiento, *NUÑEZ*, estima que solo la autoridad judicial o policial en función jurisdiccional, puede ser la competente para investigar el delito, por cuanto el requerimiento implica su investigación y ninguna de las autoridades extrajudiciales pueden tener competencia para enjuiciar represivamente al funcionario.

Según ésta posición, el delito no admite tentativa, porque la omisión o la imposibilidad de justificar el enriquecimiento no admiten actos ejecutivos en el sentido del *art. 42 Cód. Penal*.

4.1.3. TESIS DE LA NO JUSTIFICACIÓN COMO CONDICIÓN DE PUNIBILIDAD

Esta posición sustentada por *FONTAN BALESTRA*⁵⁹, ve lo constitutivo del ilícito en el acto comisivo por el cual el funcionario se enriquece, en consecuencia la acción típica consistiría en "*enriquecerse ilícitamente*", siendo la falta de justificación posterior una condición objetiva de punibilidad a los fines de la sanción.

De esta manera, tal como lo señala *José Severo CABALLERO*, la "*no justificación*" que menciona el texto legal, que se adopta como criterio típico y prevaleciente de la figura, no sería para este sector doctrinario "*una acción significativa sino que la "no justificación" se convertiría en una condición objetiva de punibilidad a los fines de la sanción*"⁶⁰. Existe otra posición aún más extrema, pues la sacan del tipo y la convierten en un presupuesto de procedibilidad, así *Horacio MALDONADO*⁶¹.

FONTAN BALESTRA considera que "*Ello es así, porque, de otro modo, no tendría*

⁵⁸ *NUÑEZ, RICARDO C., op. cit. pág. 145/146.*

⁵⁹ *FONTAN BALESTRA, C., "Tratado de Derecho Penal", T. VII, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1971, pág. 322 y sig.*

⁶⁰ *CABALLERO, JOSE SEVERO, op. cit. pág. 795.*

⁶¹ *MALDONADO, HORACIO S., citado por CABALLERO, JOSE SEVERO, op. cit., pág. 795.*

*sentido que se suspendiera la prescripción mientras cualquiera de los que hayan participado se encuentre desempeñando un cargo público*⁶². De ello deduce, que el requerimiento puede ser formulado al funcionario luego de haber cesado como tal y que el delito se consuma pues, con el enriquecimiento.

Para ésta posición, el enriquecimiento patrimonial puede consistir en un aumento del activo o en una disminución del pasivo y ha de haber tenido lugar durante el tiempo en que se desempeñó la función pública, pues la ley dice “*posterior a la asunción de un cargo o empleo público*”; no cualquier enriquecimiento puede ser objeto de requerimiento para que se justifique, la norma lo califica de “*apreciable*”, adjetivo que es tomado del *Proyecto de 1941*, pues el de *1960 de SOLER*, establecía “*considerable*” y el *Decreto-ley 4778/63* incremento “*importante*”, según *FONTAN BALESTRA* cualquiera de estos dos últimos términos le parecen preferibles al adoptado en la ley “*¿Con qué vara ha de medirse el carácter apreciable del enriquecimiento?. La palabra es de significado relativo, como lo son sus sinónimos. Una guía aceptable la constituiría el análisis de la proporción que resulte de relacionar el volumen del enriquecimiento con las entradas y bienes de fortuna que se le conocen al funcionario; de modo que el aumento pueda ser considerado como normal o no en la evaluación económica de ese patrimonio. Sólo la apreciación de cada caso en particular podrá dar la pauta*”⁶³.

Consecuente con su posición respecto de la acción típica, *FONTAN BALESTRA*, ve a la persona interpuesta, como partícipe principal, así señala que “*La persona interpuesta es un partícipe amenazado con pena sensiblemente menor*”⁶⁴.

En cuanto a la autoridad facultada para formular el requerimiento, *FONTAN BALESTRA*, si bien destaca que no hay duda que la autoridad competente, son los jueces, lo extiende a la autoridad administrativa; señalando que parece lógico admitir que están facultados para formular el requerimiento “*la autoridad administrativa de quien el funcionario depende jerárquicamente o los organismos especializados de la administración pública – así, v. g. la Fiscalía Nacional de Investigaciones administrativas -, y en los casos de*

⁶²*FONTAN BALESTRA, CARLOS, op. cit. pág.323.*

⁶³ *FONTAN BALESTRA, CARLOS, op. cit., pág. 324.*

⁶⁴ *FONTAN BALESTRA, CARLOS, op. cit., pág. 326.*

funcionarios sometidos a juicio político el Congreso o los organismos de enjuiciamiento”⁶⁵.

En esa línea José Severo CABALLERO indica “Al referirnos a la autoridad competente nos estamos refiriendo a la autoridad administrativa de quien depende el funcionario toda vez que existen en la Administración Pública estructuras funcionales – jerarquizadas – que hacen a su organización y buen desenvolvimiento, siendo lógico que sean los organismos administrativos superiores los encargados de examinar la conducta de sus agentes y empleados”⁶⁶.

En consecuencia, para esta posición el delito se consuma, con el enriquecimiento y la tentativa “aunque imaginable, no resulta punible, puesto que nada hay que justificar”⁶⁷.

4.2. TIPO SUBJETIVO

El delito de *Enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados públicos*, es un claro delito doloso; no obstante, dependerá de la tesis que se adopte en cuanto a su acción típica, para determinar su alcance, es decir, si se está en presencia de un delito activo: *dolo de enriquecerse*; u omisivo: *dolo de omitir la justificación del enriquecimiento* -.

Lo que la doctrina dominante describe como dolo de omisión solo representaría la ausencia de la decisión en la acción debida. Si únicamente se reconoce como elemento de conducta la capacidad de acción, entonces no puede existir una voluntad dirigente y luego un dolo, sino solamente una “*omisión acompañada del saber acerca del poder final del hecho*”⁶⁸. Esta posición termina sosteniendo que con el reconocimiento de una acción omisiva no es ya posible negar el dolo de omisión.

En efecto, en los delitos *proprios de omisión dolosos* el dolo requiere “*conocimiento de la situación generadora del deber de actuar y de las circunstancias que fundamentan la*

⁶⁵ FONTAN BALESTRA, CARLOS, *op. Cit.*, pág. 324.

⁶⁶ CABALLERO, JOSE SEVERO, *op. cit.*, pág. 796/797.

⁶⁷ FONTAN BALESTRA, CARLOS, *op. cit.*, pág. 323.

⁶⁸ MAURACH, GÖSSEL y ZIFF citado por DONNA, *op. cit.* pág. 406.

posibilidad de la realización de la acción”⁶⁹.

Debe conocerse la posibilidad de poder desarrollar una cierta actividad conducente a la evitación de la lesión inminente del bien jurídico. Aquí es donde entra en juego el punto esencial; debe saber que se le exige una conducta tendiente a explicar el origen del acrecentamiento patrimonial considerable cuya ilícita realización se le atribuye.-

Ahora bien, si la conducta es la de enriquecerse y además no justificar, el contenido del dolo, será saber que se ha enriquecido ilegalmente o negarse a contestar, como es obvio.

En cuanto a su objeto, el dolo de este tipo penal exige – en cuanto imagen refleja del tipo objetivo – la referencia a todos sus elementos. En primer lugar, entonces, reclama el conocimiento sobre la existencia del requerimiento y, con ello, de la imputación de un enriquecimiento apreciable operado en el ejercicio de la función pública.

Asimismo, el autor debe estar consciente acerca de los elementos especiales de autoría pertenecientes al tipo objetivo. Es decir, se requiere que en su coconciencia estén alojadas las implicancias que se derivan de su especial condición jurídica – funcionario público -.-

El tipo exige de la persona interpuesta un conocimiento cierto de que es ilícito la causa del enriquecimiento del funcionario público. Requiere de un obrar doloso tanto del agente como del personero, el cual debe abarcar el conocimiento del origen ilícito de aquello que constituye el enriquecimiento, de manera que si éste desconocía o ignoraba el enriquecimiento ilícito del funcionario la figuración como “testaferro” no le traería aparejada pena.

⁶⁹ BACIGALUPO, ENRIQUE, “Derecho Penal. Parte General”, 2da. Edición, hammurabi, Buenos Aires, 1999, pág. 562.

CAPÍTULO CUARTO

EL DELITO DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO DE FUNCIONARIOS PÚBLICOS:

SU POSIBLE REFORMA LEGISLATIVA

1. ANÁLISIS CRÍTICO DE LAS POSICIONES DOCTRINARIAS QUE DEFINEN LA ACCIÓN TÍPICA DEL DELITO DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO DE FUNCIONARIOS PÚBLICOS: TOMA DE POSICIÓN

Luego de reseñar las distintas posturas existentes en la dogmática tradicional de nuestro ámbito a la hora de definir la acción típica que contiene la norma bajo examen, he de esquematizar los aspectos problemáticos que se observa en las mismas, para así señalar, cuál de las construcciones es la que mejor explica el delito y sortea los cuestionamientos acerca de la constitucionalidad de la figura.

En efecto, tal como se encuentra conformada hoy la figura típica, si bien se puede concluir que la norma pretende evitar que los funcionarios utilicen sus cargos para enriquecerse indebidamente, lo cierto es que con la reformulación constitucional que se ha operado a partir de la reforma de 1994 y la posterior inclusión de normas internacionales con rango constitucional, deviene evidente, que el sentido del bien jurídico protegido por dicha norma se encuentra en la exigencia puesta en cabeza de los funcionarios o empleados públicos de mantener conductas probas, transparentes y austeras durante la vigencia de la relación funcional o laboral, bien jurídico que se ve lesionado precisamente mediante el enriquecimiento apreciable e injustificado.-

Lo que se procura amparar mediante la *Ley 25.188* de ética de la función pública, dentro de la cual se encuentra inmersa la reforma del *art. 268 (2) Cód. Penal*, es la transparencia del sistema en beneficio de la honestidad de la función pública, como exigencia del principio republicano de gobierno que rige nuestra Constitución Nacional (*art. 1º Const. Nac.*) y el derecho a la información de tales actos que poseen los gobernados, garantizándose

un mecanismo de control público, como derivación lógica de dicho postulado, con el correlativo deber de los que administran el erario público de dar cuenta de los negocios en los que hubiesen intervenido en razón de su función.-

En base a esta interpretación armónica del texto del artículo con el sentido del bien jurídico protegido por la norma, consecuente con el programa político-criminal de nuestra Constitución Nacional respecto de la lucha contra la corrupción, entiendo, que la construcción que mejor explica el delito es la que se corresponde a un tipo activo, pues amén de las condiciones de “*debido requerimiento*” y “*no justificación*” por parte del funcionario que contiene el texto legal, la esencia del tipo penal radica en la presencia de un “*enriquecimiento patrimonial apreciable*” y además injustificado.

Es requisito del tipo penal que el enriquecimiento del patrimonio del funcionario cuya justificación se persigue, sea “*apreciable*”, es decir, que haya existido un aumento significativo de su activo o también una considerable disminución de su pasivo, posterior a la asunción del cargo, adjetivo que es tomado del *Proyecto de 1941*.

En efecto, el enriquecimiento patrimonial es “*apreciable*” cuando resulta considerable con relación a la situación económica del agente al momento de asumir el cargo y que no está de acuerdo con las posibilidades de evolución normal de aquella durante el tiempo del desempeño de la función o en el período ulterior al cese en la misma hasta que se produce el requerimiento; es decir, se verifica un desbalance injustificado y ostensible del patrimonio; un enriquecimiento que no asume esa categoría no da lugar a la aplicación del tipo.

Robustece esta significación dada a la acción típica descrita en el tipo objetivo de la norma, la “*Convención Interamericana contra la corrupción*”, aprobada mediante la *Ley N° 24.759 (1997)*, la cual con jerarquía constitucional, prevé como “*acto de corrupción*” al “*enriquecimiento ilícito*” definiéndolo como “*... incremento del patrimonio de un funcionario público con significativo exceso respecto de sus ingresos legítimos durante el ejercicio de sus funciones y que no pueda ser razonablemente justificado por él*” (art. IX)¹, pues tal definición proporciona un argumento legítimo para definir el contenido del término “*apreciable*”.

A su vez, el enriquecimiento debe carecer de justificación, tal como señala NUNÉZ “*debe carecer de justificación en el sentido de no tener origen en una fuente legítimamente*

¹ Ley N° 24.759 publicada en el Boletín Oficial del 17.01.1997, Número 28566, Página 1, texto actualizado, InfoLEG, Información legislativa, servicios.infoleg.gob.ar.

compatible con el desempeño del cargo o del empleo público de que se trate”², aclarando que tiene esa justificación, por ejemplo el enriquecimiento que proviene de emolumentos legales del cargo; del ejercicio de profesión, oficio o actividad lícita, compatible con el ejercicio del cargo o del empleo público; del legítimo acrecentamiento, adquisición o producción de los bienes propios, conforme con el *art. 324* del Proyecto Peco.

Por ello, la acción típica se corresponde con un acto comisivo por el cual el funcionario se enriquece, la acción típica consiste en *“enriquecerse patrimonialmente”* de manera *“apreciable”* e *“injustificada”* durante la vigencia de la relación funcional o laboral, al no cumplir los funcionarios o empleados públicos con la exigencia que recae sobre los mismos, al asumir un cargo o empleo público, precisamente de mantener conductas probas, transparentes y austeras durante su vigencia.-

De esta forma se observa la inconsistencia que presenta la tesis de la omisión, pues al considerar que la acción típica es la de *“no justificar”* la procedencia del enriquecimiento, admite la aplicación de la figura aún frente a un enriquecimiento lícito, tal como lo sostiene *CREUS*, quien señala, que la ley no exige que se acredite que el enriquecimiento haya tenido origen en actividades, por lo menos incompatibles, relacionadas con el cargo, *“no es necesario, pues, que el representante del ministerio fiscal que ejerce la acción pública pruebe que el enriquecimiento tuvo su origen en un acto de abuso o de corrupción funcional por parte de aquel, bastará que pruebe la existencia del enriquecimiento patrimonial apreciable”*³; por ello si se acredita el enriquecimiento y el agente no justificó su procedencia, el tipo se da igualmente.

Por el contrario, a mi juicio, la *“injustificación”* no es la que proviene del funcionario cuando es requerido por la autoridad competente para que justifique el enriquecimiento, sino la que resulta en principio de la comprobación, conforme a las pruebas reunidas en el juicio, de que el enriquecimiento no encuentra sustento en los ingresos legítimos del funcionario, es decir, cuando excede sus posibilidades económicas, siendo absolutamente incompatible con la evolución normal de su haber funcional y sus ingresos legítimos.

No se trata de reprimir en base a una presunción, sino por el hecho cierto y

² *NUÑEZ, RICARDO C., op. cit. pág. 145.*

³ *CREUS, CARLOS, op. cit., pág. 419.*

comprobado de que el funcionario se enriqueció durante el desempeño de la función pública de modo “apreciable” e “injustificado”.-

En este sentido se pronunció el Dr. *HORNOS* en su voto en la causa “*ALSOGARAY*”, quien tras definir cuál es la acción que conforma la esencia del tipo penal en estudio, concluyó “no se trata entonces de un delito que se configura por la mera no justificación por parte de un funcionario o empleado público de un enriquecimiento considerable. Ello por cuanto cabe partir, a fuerza de resultar reiterativos, de que el tipo penal no está conformado por la no justificación, de quien haya sido debidamente requerido, del origen de un enriquecimiento patrimonial apreciable – suyo o de persona interpuesta para disimularlo -; sino por la acción de haberse enriquecido de ese modo y que no resulte justificado objetivamente. Esto implica que corresponde al Estado probar este extremo de la imputación delictiva fundada en los términos del artículo 268 (2) del Código Penal, acreditando el injustificado enriquecimiento apreciable vinculado al ejercicio de la función pública (en el sentido de que no pudo concluirse como derivado o proveniente de sus haberes u otras fuentes lícitas)”⁴.-

El núcleo del injusto típico está conformado por el “enriquecimiento apreciable” objetivamente “injustificado”, por ello, por más que el funcionario requerido no justifique el incremento patrimonial, si éste es justificado mediante prueba legítimamente incorporada al proceso, aún cuando no la aportara el funcionario requerido, sino un tercero o bien el órgano de la acusación, en tal supuesto emerge claro que no hay afectación al bien jurídico tutelado por la norma.

Por ello, entiendo, que la acción que conforma la esencia del tipo penal, se corresponde a un comportamiento activo y no a una simple omisión de justificar ante el requerimiento, porque de ser así, tendría que ser injusto el no justificar una falta de enriquecimiento o no justificarlo cuando fuera lícito o por el contrario no sería delito justificar declarando el origen delictivo, tal como sostiene *SANCINETTI*⁵, por el contrario, es el Ministerio Público Fiscal, como titular de la acción penal, quien debe probar siempre con certeza que existió el acrecentamiento del patrimonio y que el mismo reconoce su génesis en la vulneración al deber de transparencia.

⁴ Cám. Nac. de Casación Penal, Sala IV, “*ALZOGARAY, María Julia*”, Causa n° 4787, Registro N° 6674.4. del 09.06.2005, en LL-2005-F-140.

⁵ *SANCINETTI, MARCELO A.*, op. cit., pág.105 y ss.

La consumación de éste delito es anterior e independiente del requerimiento que contempla la norma, pues es inconciliable que pueda considerarse como uno de los elementos constitutivos, una acción dependiente del Estado, que en definitiva no incide en la decisión del sujeto de acrecentar su patrimonio en forma injustificada, como así tampoco se le puede asignar entidad delictiva en los términos de ésta figura penal a la circunstancia de que el sujeto no conteste el requerimiento de justificación patrimonial que se le efectúa en el marco de un proceso judicial, ni a la insuficiencia de la explicación acerca del origen del enriquecimiento que realice en ese mismo marco, pues ambas situaciones deben reputarse manifestaciones del ejercicio del derecho de defensa en juicio, del que goza el imputado, y que debe ser suficientemente garantizado, no sujeto a presiones o sujeciones de cualquier naturaleza, como así tampoco sometido a la amenaza que significa la posibilidad de incurrir en responsabilidad penal, tal como lo ha resuelto la jurisprudencia en esta materia, conforme el ya citado precedente “ALZOGARAY”, entre otros.

Tal explicación lleva a desvanecer, la posición doctrinal, que pone en duda la facultad de los jueces para requerir, al entender que se opone al principio de legalidad procesal determinado – como el de legalidad sustancial – por la coordinación de los *arts. 18 y 19 Const. Nac.*, que además de la obligatoria investigación de los hechos cometidos que pueden constituir delitos, exige la existencia de un hecho anterior al proceso mismo.

En esa posición se enrola CREUS quien señala “*Si el requerimiento es un elemento circunstancial del tipo, indispensable para la consumación, sostener aquella facultad nos llevaría a consagrar la admisibilidad de un proceso previo al hecho justiciable. Aún cuando se considerase – contra lo que sostenemos en el texto – que la acción punible fuera la de enriquecerse y se mirase el requerimiento como una condición objetiva de punibilidad, tendríamos un extraño delito donde la condición objetiva de punibilidad se haría depender de la actividad jurisdiccional destinada a juzgarlo. Pero, además de que dudamos de esa facultad de los jueces, no distinguimos las dificultades que se opondrían a que la autoridad administrativa que ejerce superintendencia sobre el funcionario resulte competente para formular el requerimiento*”⁶.

Comparte tal idea DONNA, quien señala que “*la conjunción de los artículos 18 y 19 de la Constitución Nacional impone que la obligatoria investigación de un hecho presuntamente*

⁶ CREUS, CARLOS, *op. cit.*, pág. 422/423.

constitutivo de ilícito impone la anterioridad de éste al proceso mismo”⁷.-

A nivel jurisprudencial, la gran mayoría de los casos, se oponen a tal posición, al afirmarse a tenor del *art. 268 (2) Cód. Penal*, la validez del requerimiento efectuado por el Juez instructor, pues si la investigación se inicia en sede judicial, de oficio o por denuncia, podrá requerir la justificación del enriquecimiento el propio Fiscal o el Juez a solicitud del Fiscal, según los sistemas.-

En efecto, no existe duda en la mayoría de la doctrina acerca de la habilitación de los órganos jurisdiccionales ante los cuales se investiga la conducta del funcionario, como autoridad competente para formular el requerimiento. Para unos, entre ellos *NUÑEZ*, solo la autoridad judicial o policial en función jurisdiccional, puede ser la competente para investigar el delito, por cuanto el requerimiento implica su investigación y ninguna de las autoridades extrajudiciales pueden tener competencia para enjuiciar represivamente al funcionario.

Otros extienden tal facultad a la autoridad administrativa; así *FONTAN BALESTRA* señala que parece lógico admitir que están facultados para formular el requerimiento *“la autoridad administrativa de quien el funcionario depende jerárquicamente o los organismos especializados de la administración pública – así, v. g. la Fiscalía Nacional de Investigaciones administrativas -, y en los casos de funcionarios sometidos a juicio político el Congreso o los organismos de enjuiciamiento”⁸.*

En esa línea *José Severo CABALLERO* indica *“Al referirnos a la autoridad competente nos estamos refiriendo a la autoridad administrativa de quien depende el funcionario toda vez que existen en la Administración Pública estructuras funcionales – jerarquizadas – que hacen a su organización y buen desenvolvimiento, siendo lógico que sean los organismos administrativos superiores los encargados de examinar la conducta de sus agentes y empleados”⁹.*

La ley si bien no dice de quien debe partir el requerimiento, debe tratarse de la autoridad competente, y en este aspecto, entiendo que no hay duda de que los Jueces lo son, quienes a su vez estarían en condiciones de requerir a la *“persona interpuesta para disimularlo”*, pues

⁷ *DONNA, EDGARDO ALBERTO, op. cit., pág. 401.*

⁸ *FONTAN BALESTRA, CARLOS, op. Cit., pág. 324.*

⁹ *CABALLERO, JOSE SEVERO, op. cit., pág. 796/797.*

al investigar al funcionario, deben investigar la conducta de la persona que ha “prestado su nombre” con el fin de disimular el enriquecimiento del funcionario; siendo lógico también admitir que están facultados la autoridad administrativa de quien el funcionario depende jerárquicamente, según las distintas etapas del proceso, pues el requerimiento podrá ser como señalan DE LUCA y LOPEZ CASARIEGO “un acto administrativo, el requerimiento fiscal de instrucción, la indagatoria, la defensa, etcétera (según las distintas etapas de cada Código Procesal Penal)”¹⁰.

El enriquecimiento cuya justificación puede requerirse, puede presentarse directamente en el patrimonio del funcionario mismo o indirectamente en el de un “testaferro” utilizado por aquél para disimular el hecho, tal como establece el texto legal “el de persona interpuesta para disimularlo”; relación que debe ser probada en orden a la acreditación del delito.

Es dable recordar lo expuesto por NUÑEZ, quien dijo “He modificado la fórmula del proyecto de 1960 (artículo 346, letra d). He sustituido la fórmula “incremento considerable de su patrimonio” por la de “un enriquecimiento patrimonial suyo o de persona interpuesta para disimularlo”. Aquella fórmula deja sin castigo el enriquecimiento efectivo ilícito que no es considerable; y no elimina en la medida conveniente las dificultades que respecto de la prueba de su existencia ofrece el caso del enriquecimiento disimulado mediante la actuación de un personero o por la asignación de los bienes a terceros. El hecho es grave y merece la pena que propongo. El párrafo 2º castiga a la persona interpuesta, claro está, siempre que obre con dolo”¹¹.

Aquí NUÑEZ se aparta de la regla del art. 45 Cód. Penal relativa a la participación necesaria, que equipara la pena del partícipe a la del autor, pues el segundo párrafo del art. 268 (2) Cód. Penal, castiga con pena menor a la persona interpuesta para disimular el enriquecimiento, aclarando que persona interpuesta es el que “obra como personero del funcionario, es decir, simulando ser el real partícipe en el acto o negocio para encubrir el interés de aquél. Esta conducta presupone una actuación dolosa. Es posible que el funcionario, sin conocimiento del tercero simule su intervención o que el tercero actúe sin dolo, víctima de un engaño. En estos casos no se tratará de una persona interpuesta punible,

¹⁰ DE LUCA, JAVIER AUGUSTO y LOPEZ CASARIEGO, JULIO E., op. cit., pág. 137.

¹¹ Contestación de NUÑEZ a la consulta formula por el Ministerio del Interior, citada por FONTAN BALESTRA, CARLOS, op. cit., pág. 325.

sino de un tercero inocente”¹².

Parte de la doctrina, ve a la persona interpuesta como partícipe principal, así FONTAN BALESTRA, consecuente con su posición respecto de la acción típica, que para él es la de “enriquecerse”, señala que “La persona interpuesta es un partícipe amenazado con pena sensiblemente menor”¹³, apreciación que CREUS tacha de incorrecta pues “si la acción es la de no justificar y quien debe justificar es exclusivamente el autor, no distinguimos cómo aquella persona puede participar en tal omisión”¹⁴.

A propósito de la previsión legal del “testaferro”, DE LUCA y LOPEZ CASARIEGO, destacan, que ello no indica que el delito del funcionario sea un delito de comisión, al ser distinta la situación de la persona interpuesta de la del funcionario omitente “Se trata de una persona que ayuda al funcionario a disimular los bienes, lícita o ilícitamente habidos. De ese modo el funcionario no justifica todo lo que realmente es de él y debería justificar. Es un colaborador en la falsa justificación, es decir, en la justificación de menos de lo que debe justificar. Lo ayuda a tener un deber menor o, como contracara, a no tener que justificar parte de su patrimonio real, a nombre del testaferro”¹⁵.-

Por el contrario, conforme la posición asumida respecto a la esencia del núcleo del injusto típico, considero, que ésta permite dar una respuesta satisfactoria a la represión de la persona interpuesta que ha prestado su nombre para “simular el enriquecimiento” del funcionario que contempla la norma, pues sin lugar a dudas, ésta presta una colaboración al agente para “disimular” el incremento patrimonial, es decir, en actos previos al requerimiento de justificación, en ello reside la responsabilidad de éste partícipe y no en la mera infracción a un deber formal de justificar, pues si quien debe justificar es exclusivamente el autor, no se entiende cómo la persona interpuesta puede participar en esa omisión.-

Se trata de un partícipe en el hecho del autor, y se exige que tenga un conocimiento cierto de que el sujeto se ha enriquecido, de su carácter de funcionario público, y de lo ilícita de la causa del enriquecimiento; siendo consecuente con ésta interpretación, la reforma introducida en el art. 268 (2) Cód. Penal, pues equipara la pena de la “persona interpuesta” a

¹² NUÑEZ, RICARDO C., op. cit., pág. 146.

¹³ FONTAN BALESTRA, CARLOS, op. cit., pág. 326.

¹⁴ CREUS, CARLOS, op. cit., pág. 425.

¹⁵ DE LUCA, JAVIER AUGUSTO y LOPEZ CASARIEGO, JULIO E., op. cit., pág. 137.

la del autor, quedando vacía de contenido las críticas que se formulaban a la norma que al prever una pena menor se apartaba de la regla del *art. 45 Cód. Penal*.-

Asimismo, es dable recordar, que la norma establecía que la prueba presentada por el requerido para justificar su enriquecimiento, quedaba secreta a su pedido y no podía ser invocada contra el mismo para ningún otro efecto, es decir el secreto no era de rigor, sino que se lo mantenía a pedido del interesado.

Tal como evoca *FONTAN BALESTRA*, al recordar lo destacado por el miembro informante del Senado en la discusión parlamentaria, puede darse el caso del funcionario que para demostrar que no lucró con el ejercicio del cargo, deba confesar un origen inmoral del acrecentamiento o un delictivo extraño a la función, por ejemplo el que colocó dinero a alto interés o que cometió una importante defraudación no descubierta; la empleada que recibió dinero o percibió el seguro de su amigo, y que tal situación “ *los colocaría en el trance ineludible de desnudar públicamente su vida privada o de declarar contra sí mismo en violación de lo establecido en el artículo 18 de la Constitución Nacional. Por esa razón, la norma dispone que esa prueba, que evidencia un incremento patrimonial extraño a la función, se mantendrá secreta y, bajo ningún concepto, podrá ser utilizada en su contra. De lo contrario, podría llegar el caso de colocar al funcionario en el dilema irreducible de dejarse condenar injustamente por un enriquecimiento que no deriva de la función, o de ser procesado – si se tratara de delito – o menospreciado por haber justificado fehacientemente que el aumento proviene de un acto ajeno a la función*”¹⁶.

Esta cláusula del secreto de la prueba fue eliminada mediante la ley de ética pública N° 25.188 que ratificó el tipo doloso del *art. 268 (2) Código Penal*, decisión que es consecuente, con lo que se procura amparar mediante dicha ley, dentro de la cual se encuentra inmersa la reforma del *art. 268 (2) Cód. Penal*, que es la transparencia del sistema en beneficio de la honestidad de la función pública, como exigencia del principio republicano de gobierno que rige nuestra Constitución Nacional (*art. 1° Const. Nac.*) y el derecho a la información de tales actos que poseen los gobernados, garantizándose un mecanismo de control público, como derivación lógica de dicho postulado, con el correlativo deber de los que administran el erario público de dar cuenta de los negocios en los que hubiesen intervenido en razón de su función.-

En efecto, parte de la doctrina, ya antes de la reforma, a la hora de analizar la

¹⁶ *FONTAN BALESTRA, CARLOS, op. cit., pág. 325/326.*

razonabilidad de la cláusula de reserva de la prueba, limitaba el alcance de la misma a la prueba de la procedencia lícita, con fundamento en la falta de razonabilidad que el agente justificara su enriquecimiento afirmando que el aumento de su patrimonio se debió a un conjunto de hechos delictivos realizados en ocasión de sus funciones y que siendo así pretenda, no sólo se conserve en secreto la prueba rendida, sino que también no se alegue contra él porque afectaría el principio que nadie está obligado a declarar contra sí mismo (*art. 18 Const. Nac.*), pues tal como destaca José Severo CABALLERO “si interpretáramos de esa forma estaríamos favoreciendo la impunidad de los funcionarios”¹⁷.-

A modo de conclusión, entiendo, en concordancia con el sector doctrinal que así lo sostiene y que fuera plasmado en pronunciamientos judiciales, que la acción típica se corresponde con un comportamiento activo, consiste en “enriquecerse” de modo “apreciable” e “injustificado”, lo ilícito consiste precisamente en acrecentar el patrimonio de manera desproporcionada en relación con los ingresos legítimos del funcionario; y el “debido requerimiento” formulado al funcionario público, es a los efectos de garantizarle la oportunidad de justificar un aumento de su patrimonio apreciable y *prima facie* “injustificado”, no importando ello una autoincriminación coercitiva para el requerido que entrañe afectación a garantías constitucionales.

Aquí, no se pone en cabeza del sospechado el deber de demostrar su inocencia mediante la justificación de la procedencia del enriquecimiento, desconociendo el principio *nemo tenetur*, éste último, entendido como la prohibición de declarar contra sí mismo, pilar del sistema constitucional penal de un Estado de Derecho, sino que es el órgano de la acusación el encargado de demostrar el enriquecimiento injustificado, no siendo sustituido en esa carga por el imputado, por ello, si el Fiscal o la Defensa, logran demostrar la causa lícita del tal enriquecimiento, esto es su origen legítimo, no se afirma el tipo.

Más allá de pecar de reiterativa, es necesario subrayar, que lo que se castiga en definitiva es el hecho comprobado, en base a las pruebas legítimamente incorporadas al proceso, de que el funcionario se ha enriquecido durante el ejercicio de la función pública de modo apreciable y sin razón alguna que permita considerar acreditada una fuente legítima, luego de haber transitado todas las etapas del proceso: de acusación, defensa, prueba y sentencia (*art. 18 Const. Nac.*).

¹⁷ CABALLERO, JOSE SEVERO, *op. cit.* pág. 797.

La cláusula del “*debido requerimiento*” y de la “*no justificación*”, solo pueden entenderse como requisitos establecidos en resguardo de la garantía del derecho de defensa en juicio, pues tienen como objetivo que se asegure al imputado el conocimiento de la materia de imputación y la consecuente posibilidad de acreditar el origen lícito del incremento patrimonial apreciable e injustificado, no pudiéndose decir que ello importe una presunción de culpabilidad y menos aún que la norma del *art. 268 (2) Cód. Penal*, defina una inversión de la carga de la prueba.

No se trata de una injustificable obligación de probar inocencia, como una exigencia de actividad probatoria puesta en cabeza del imputado; la “*injustificación*” es inherente al incremento patrimonial, siendo previa al requerimiento de justificación y al comienzo del proceso penal, el cual obviamente no se inicia para provocar durante su desarrollo la comisión del delito.-

2. POSIBLE REFORMA LEGISLATIVA

Las distintas posiciones existentes en la dogmática a la hora de definir la acción típica que contiene la norma del *art. 268 (2) Cód. Penal*, que han sido enunciadas, devela la confusa redacción del tipo y los consecuentes problemas interpretativos que presenta.

Ello así y ante el convencimiento de que existe un entendimiento compatible con las garantías individuales reconocidas a nivel constitucional y convencional del referido tipo doloso del *art. 268 (2) Cód. Penal*, el cual con la reforma constitucional del año 1994 ha tomado mayor energía, al adquirir un nuevo carácter con motivo de la incorporación a la Constitución Nacional del ya citado *art. 36*, y consecuente con la posición dogmática por la cual he tomado partido, estimo sería auspicioso delimitar el contenido del tipo objetivo de la norma como marco de referencia legítimo para el dolo, a fin de no dejar ningún resquicio por donde pueda filtrarse alguna objeción que ponga en duda su incuestionable constitucionalidad.-

A fin de alcanzar tal objetivo, como propuesta, he de postular una posible reforma legislativa a la norma del *art. 268 (2) Código Penal* que tipifica el delito de “*Enriquecimiento ilícito de Funcionarios y Empleados Públicos*” en el derecho penal argentino, consistente en extraer del ámbito de la tipicidad “*la no justificación*” de la procedencia del enriquecimiento

patrimonial apreciable posterior a la asunción del cargo al ser debidamente requerido, que describe la norma, en sintonía con la voluntad del legislador constitucional y convencional contra la corrupción.

En efecto, optar por no contemplar como elemento del delito la exigencia de la "*no justificación*" por parte del funcionario público del origen del incremento de su patrimonio, en modo alguno importa contradecir lo dispuesto en las Convenciones internacionales contra la corrupción, pues si bien la *Convención Interamericana contra la Corrupción*, contempla que el delito supone el incremento significativo del patrimonio de un funcionario público respecto de sus ingresos legítimos "*que no pueda ser razonablemente justificado por él*" (art. IX)¹⁸; y el mismo elemento, con ligerísimas modificaciones que no alteran su alcance, se contiene en la definición de enriquecimiento ilícito que se da en la *Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción* (art. 20)¹⁹, lo cierto es que éstos instrumentos no obligan la transposición literal de su contenido al Derecho interno.-

Si bien, se trata de instrumentos internacionales de carácter vinculantes, no se pretende que los Estados incorporen literalmente las disposiciones de la respectiva Convención en su derecho interno porque, por lo general, éste exige niveles más altos de claridad y de especificidad con la finalidad de respetar el principio de legalidad y con éste el de seguridad jurídica; quedando la descripción de los delitos reservada al derecho interno de los Estados Parte.

En este sentido, el *párrafo primero* del art. 65 CNUCC garantiza que los legisladores nacionales, al aplicar las disposiciones de la Convención, actúen de conformidad con los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico. Garantía que se ve reforzada por la cláusula de salvaguarda prevista en el art. 20 en el que se dispone que la configuración de este delito en las legislaciones nacionales debe realizarse con "*sujeción a su Constitución y a los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico*"; la misma cláusula de salvaguarda contiene la CICC en su art. IX.

Además en el *párrafo 9* del art. 30 de la CNUCC se reitera el principio de que la

¹⁸ Ley N° 24.759 publicada en el Boletín Oficial del 17.01.1997, Número 28566, Página 1, texto actualizado, InfoLEG, Información legislativa, servicios.infoleg.gob.ar.

¹⁹ Ley N° 26.097 publicada en el Boletín Oficial del 09.06.2006, Número 30923, Página 1, InfoLEG, Información legislativa, servicios.infoleg.gob.ar.

descripción de los delitos contenidos en la Convención, queda reservada al derecho interno de los Estados Parte, por lo que los elementos que contienen las Convenciones, no supone que necesariamente deban estar presentes en las legislaciones nacionales. Los legisladores, a partir de la determinación del bien jurídico que pretendan proteger por considerarlo digno de tutela, contemplarán la tipificación como delito del enriquecimiento ilícito, que puede ser en su descripción más amplia o más restrictiva, que la definición prevista en éstas Convenciones, y que no entre en conflicto con su ordenamiento jurídico.

En esa senda, la reforma que postulo, es respetuosa de las garantías constitucionales y sujeta a los principios fundamentales del ordenamiento jurídico, pues permitirá superar precisamente aquellos argumentos críticos, que sostienen que el delito bajo análisis vulnera garantías constitucionales, por tratarse de una injustificable obligación de probar inocencia, al poner en cabeza del imputado la obligación procesal de probar el origen legal de su enriquecimiento patrimonial o cuanto menos que su condición es extraña a la función desempeñada, partiendo de éste modo la incriminación de una presunción de culpabilidad, desconociendo el principio *nemo tenetur*, éste último, entendido como la prohibición de declarar contra sí mismo, pilares del sistema constitucional penal de un Estado de Derecho (*arts. 18 y 33 Const. Nacional y 8 y 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*).-

En efecto, al no integrar la llamada “*justificación*” el tipo penal, aquella queda exclusivamente reservada a la voluntad del imputado, quien decidirá si brinda tal explicación en su defensa frente a la acusación que se le formule en el marco de un proceso penal, cuyo silencio en modo alguno puede ser valorado en su contra, al constituir en definitiva el ejercicio de una clara garantía constitucional.-

Correlativamente, es el Ministerio Público Fiscal quien debe demostrar objetivamente que el funcionario o empleado público se enriqueció de modo injustificado, no siendo sustituido en esa carga por el imputado; siendo en definitiva el Juez quien deberá merituar lo probado; por ello, si el Fiscal o la Defensa, logran demostrar la causa lícita del tal enriquecimiento, esto es su origen legítimo, no se afirma el tipo.

Así, no quedan dudas en cuanto a la acción típica, que el tipo estaría destinado a incriminar aquellos actos que aumenten considerablemente el patrimonio de los funcionarios o empleados públicos, siendo lo constitutivo del ilícito el acto comisivo por el cual el funcionario se enriquece de modo apreciable e incompatible con la evolución normal del

haber funcional, como acto positivo, lo cual se determinará mediante la comparación entre el patrimonio declarado originariamente previo a la asunción del cargo conforme el deber de transparencia y lo acrecentado con posterioridad; y cuando esta comparación arroje una conclusión absolutamente incompatible con los ingresos de la función, ya se realiza el ilícito, no afectándose así el mandato de legalidad.

En efecto, los funcionarios al asumir un cargo público tienen un *deber positivo* que los obliga, que es el deber de transparencia, de declarar de forma pormenorizada sus bienes (activo y pasivo), tanto como persona física como su participación en entes societarios, y a informar toda evolución patrimonial, mientras dure dicho rol institucional; el cual se completa con una prohibición - *deber negativo* -: la de enriquecerse ilícitamente de un modo grave, es decir, no acorde a la evolución normal del haber funcional.-

Aquí, lo medular es la competencia institucional, es decir, los deberes especiales de quienes acceden a una función pública, y la pertenencia a dicho estatus de los deberes positivos, más allá de los clásicos deberes negativos, siendo en este punto de especial importancia, la interpretación realizada por el Dr. *Jorge Amilcar Luciano GARCIA* en su distinguido voto en el precedente “*ROSSI*”, al considerar que ello surge del párrafo inteligente de *SOLER* en el mensaje del *Proyecto de 1960 - art.326 inc.d* – cuando éste sostuvo “...*Ya en otros casos hemos señalado la necesidad de subrayar la existencia positiva de deberes; son muchas las figuras en cuya base se encuentra una exigencia positiva: en los delitos de comisión por omisión esa es también la regla. Pues bien, no hay nada desmedido, irregular o excesivamente severo en imponer a los funcionarios un deber semejante al que recae sobre un administrador común al cual se le exige, bajo amenaza penal, una rendición de cuentas con la cuidadosa separación de los bienes del administrado.- Pues bien, la asunción de un cargo público comporta un deber semejante, un deber de especial pulcritud y claridad en la situación patrimonial. Quien sienta esa obligación como demasiado pesada o incómoda que se aparte de la función pública*”²⁰.

Al respecto, el Dr. *GARCIA* señaló “... *Soler – creo – no se quiso referir a que este fuese solo un tipo de simple omisión, sino que su alusión a la comisión por omisión en realidad mentaba lo que hoy Jakobs denomina “competencia por institución” o retomando la*

²⁰ *SOLER, SEBASTIAN, op. cit., pág. 206.-*

denominación de Roxin, delitos de “infracción de deber” ... ”²¹, conclusión que comparto.

En efecto, ROXIN en el año 1963 propuso distinguir los *delitos de dominio del hecho* de los *delitos de infracción de deber*, caracterizándose éstos últimos porque la autoría de la realización del tipo penal no depende del dominio del hecho, sino de la infracción de un deber que incumbe al agente, por tanto se dan en tipos penales en los que la autoría se encuentra reducida a quienes les incumbe un determinado deber. Aquí, no tiene importancia la cualidad externa de la conducta del autor, ya que la sanción se afirma sobre una persona que infringe los deberes que pesan sobre él, los cuales se derivan del papel o del rol social que desempeña.

Conforme señala BACIGALUPO “*El deber que constituye la materia de la lesión jurídica en estos tipos penales no es el deber genérico que surge de toda norma y que alcanza también la de los partícipes. Se trata, por el contrario, de un deber extra-penal, que no alcanza a todo partícipe, sino a quienes tienen una determinada posición respecto de la inviolabilidad del bien jurídico (funcionarios, administradores, garantes en los delitos de omisión)*”²².

En efecto, se trata de un deber extrapenal que no se extiende a todos los implicados en el delito; son deberes que están antepuestos en el plano lógico a la norma y que se originan en otras ramas del Derecho. La autoría entonces, se determina desde esta perspectiva por el deber específico, que se deriva de tener encomendada una concreta materia jurídica, de los que están implicados a comportarse adecuadamente, cuya infracción consciente fundamenta la teoría.

JAKOBS destacó la relevancia de los estudios de ROXIN, al respecto destacó “*los estudios de Roxin tuvieron junto a la sistematización, realizada con extraordinaria diferenciación, la precisión y el afianzamiento de la teoría del dominio del hecho un ulterior resultado, que considero más sensacional, mucho más poderoso en su potencial de desarrollo y, al estar orientado normativamente, también más moderno: el descubrimiento de los delitos de deber ... Existen delitos – que son los delitos especiales en sentido estricto, no sólo en cuanto a la formulación - cuyo autor no queda caracterizado por el dominio, sino por un deber que tiene como contenido una aportación positiva a otra persona o a una institución*

²¹ Cámara Primera en lo Criminal, Sala Segunda de Paraná, Entre Ríos, “ROSSI, Domingo Daniel S/ENRIQUECIMIENTO ILICITO DE FUNCIONARIO PUBLICO”, Causa N° 4270, F° 040, Año 2003, Sentencia 12.06.2006, confirmada por el S.T.J. Entre Ríos, del 20.11.2006., www.jusentrieros.gov.ar.

²² BACIGALUPO, ENRIQUE, “Derecho Penal. Parte General”, 2da. Edición, hammurabi, Buenos Aires, 1999, pág. 511.

*estatal, como, por ejemplo, la Administración de Justicia. Parece claro que no se trata de la configuración general de la sociedad, sino de formas especiales, esto es, de la configuración de ámbitos parciales. En estos delitos, organice el sujeto obligado positivamente mucho, poco o nada – en la medida en que pueda evitar la realización del tipo, siempre responde como autor*²³.-

La teoría de los delitos de infracción de deber, en la formulación de *ROXIN* se refiere a los delitos especiales y los delitos de omisión, no obstante la caracterización de los mismos sufre una considerable modificación en la propuesta de *JAKOBS*, pues el mismo no elabora la teoría del delito sobre la base de la distinción entre acciones y omisiones, sino entre deberes que provienen de la *organización* de la intervención del agente y deberes que provienen de la posición *institucional* de éste. De ahí, que los delitos de dominio se corresponden con el ámbito de la organización, donde es irrelevante que se trate de una acción o de una omisión y los delitos de infracción se refieren al ámbito institucional, en éstos la competencia del autor se encuentra fundada en la lesión de deberes protegidos institucionalmente, aquí los autores están obligados institucionalmente al cuidado del bien, y aquí se sitúa, lo que nos interesa, es decir los deberes estatales, junto a las relaciones paterno filiales y las relaciones de confianza especial.

Sentado ello, emerge claro, que el deber de transparencia, gratuidad, probidad y honestidad del funcionario obedece a su rol institucional y está vinculado al deber de existencia de la institución y a sus cometidos sociales. Son deberes normativos propios de la función, que se asumen cuando la persona es investida del rol institucional, siendo éstos deberes positivos especiales de los funcionarios públicos el sinalagma al ejercicio del poder y no atañen a otros que no sea quienes tienen el status y está previsto a favor del ciudadano común.

Por ello, cuando el funcionario quiebra el mandato y se enriquece de modo ilícito vulnera en primer lugar la Norma que lo obligaba a transparentar su patrimonio, el *deber positivo* de transparencia, que lo obliga al ingresar al cargo, a declarar su bienes (activo y pasivo), tanto como persona física como su participación en entes societarios, y a informar toda evolución patrimonial, mientras dure su rol institucional; conducta que se completa con

²³JAKOBS, GUNTHER, “El ocaso del dominio del hecho. Una contribución a la normativización de los concepto jurídicos”, en Conferencias sobre temas penales”, UNL, Rubinzal-Culzoni, 2000, Santa Fe, pág. 1 y sig.

una prohibición – *deber negativo* -: la de enriquecerse ilícitamente de un modo grave.

Si bien nada obsta que los funcionarios puedan “*enriquecerse*”, los mismos tienen una evolución patrimonial controlada por el deber de declaración constante de sus bienes y compatible con dicha posibilidad, es decir, el enriquecimiento solo es admisible cuando es consecuente con la evolución normal del haber funcional o de la profesión no inhibida por el cargo, y ello se refleje para el control público.

Tal como lo destaca el Dr. GARCIA en su voto en el citado precedente “ROSSI” “*este deber no tiene nada de supererogatorio, ni implica ninguna afectación a garantía individual alguna, sino que por el contrario no atañe a otro que no sea quien tiene el status y está previsto a favor del ciudadano común. Más aún, en un Estado moderno, de prestaciones, el ciudadano común también tiene el deber de declarar sus bienes al organismo impositivo, porque ello es el sinalagma de ese estado de prestaciones – la salida del estado naturaleza – y es responsable aún penalmente si evade fraudulentamente. Si esto no es inconstitucional, más allá de las discusiones dogmáticas sobre el llamado delito tributario, menos reparos garantistas puede tener un deber Funcional de transparencia ...*”²⁴, citando el magistrado a GARZON VALDÉS, quien en el marco de la justificación moral de los deberes positivos generales como coherencia de un planteo liberal, recuerda que los “*deberes negativos generales*” son propios del “*Estado de naturaleza*” en la versión de LOCKE, cuya superación dan lugar al Estado liberal, y su institucionalización de deberes positivos solo especiales reducidos a la policía y el Juez; la crisis de este sistema y la necesidad de ampliación de estos últimos deberes positivos dieron lugar al Estado social de derecho.

Por consiguiente, conforme la propuesta que postulo, la esencia del tipo penal radica en la presencia de un “*enriquecimiento patrimonial*”, es decir, un acto comisivo por el cual el funcionario se enriquece, de modo “*apreciable*” e “*injustificado*”, lo ilícito consiste precisamente en acrecentar el patrimonio de manera desproporcionada en relación con los ingresos legítimos del funcionario, lo cual se determinará mediante la comparación entre el patrimonio declarado originariamente previo a la asunción del cargo conforme el deber de

²⁴ Cám. Primera en lo Criminal de Paraná, Sala II, “ROSSI DOMINGO DANIEL S/ENRIQUECIMIENTO ILICITO DE FUNCIONARIO PUBLICO”, Causa N° 4270, F° 040, del 12.06.2006, confirmada por el S.T.J. Entre Ríos, del 20.11.2006, www.jusentrerios.gov.ar.

transparencia y lo acrecentado con posterioridad, pues cuando esta comparación arroje una conclusión absolutamente incompatible con los ingresos de la función, ya se realiza el ilícito, no afectándose así el mandato de legalidad, y respetándose asimismo la intención del legislador constitucional y convencional contra la corrupción.

De esta forma, se estaría ante aquellos tipos de "*valoración global*" que estudió ROXIN, pues la figura, ya en su estructura típica, presenta como elementos, especiales referencias a la antijuridicidad o especiales elementos del deber. En efecto, ROXIN nos enseña que "*Mientras que en otros delitos integran el tipo las circunstancias materiales fundamentadoras de la clase (tipo) de injusto y en cambio los elementos excluyentes del injusto y la comprobación del injusto concreto quedan reservados para la antijuridicidad, en los tipos con elementos de valoración global del hecho todas las circunstancias materiales relevantes para enjuiciar la antijuridicidad (incluyendo la falta de los requisitos de las causas de justificación) son elementos del "tipo global"; y sólo la valoración definitiva (en nuestro ejemplo mediante el término "reprobable") debe ubicarse en la antijuridicidad*"²⁵.

Atento a la conformación del tipo propuesto, sin lugar a dudas, se ubicaría entre aquellos tipos de "*valoración global*", ya que la tipicidad contiene todo el juicio de injusto, tiene "adelantada" la antijuridicidad, quien se enriquece de modo incompatible con sus ingresos, al no tener origen en una fuente legítima, y quebrantado su deber positivo de transparencia *-declaración pormenorizada-*, ya realizó el ilícito.

3. CAMBIO LEGAL: LA REFORMA PROPUESTA

La reformulación de la norma del *art. 268 (2) del Código Penal* que propicio, quedaría redactada en los siguientes términos:

"Será reprimido con prisión de dos (2) a seis (6) años, multa de dos (2) a cinco (5) veces del valor del enriquecimiento, e inhabilitación absoluta perpetua, el funcionario que se enriqueciera de modo apreciable e injustificado por sí, o por persona interpuesta para disimularlo, ocurrido con posterioridad a la asunción de un cargo o empleo público y hasta

²⁵ ROXIN, CLAUS, "*Derecho Penal. Parte general*", Tomo I, traducción de la 2ª edición alemana, editorial Civitas, Madrid, 1997, p. 300.-

dos (2) años después de haber cesado en su desempeño.

Se entenderá que hubo enriquecimiento no sólo cuando el patrimonio se hubiese incrementado con dinero, cosas o bienes, sino también cuando se hubiesen cancelado deudas o extinguido obligaciones que lo afectaban.

La persona interpuesta para disimular el enriquecimiento será reprimida con la misma pena que el autor del hecho".

3.1. ELEMENTOS FUNDAMENTALES DE LA FIGURA DELICTUAL

3.1.1. DESTINATARIOS DE LA NORMA

Este delito se ubica dentro de la categoría de delitos de infracción de deber o competencia por institución, con los alcances ya expuestos, es un delito especial propio, pues se exige para ser sujeto activo la condición de funcionario público o empleado público, en el sentido de la persona que participa del ejercicio de la función pública, conforme al *art. 77 Cód. Penal* y de la persona que sin esa participación, presta servicios en la administración pública, en cualquiera de sus ramas, incluidas sus reparticiones autárquicas; siendo éstos los únicos que pueden investir la calidad de autor - *intraneus* - del hecho-, desempeñando los demás el rol de partícipes - *extraneus* -.-

El concepto de funcionario público lo brinda el *Código Penal*, en su *art 77*, de modo amplio, en sintonía con los proporcionados por las Convenciones internacionales, al prescribir: *"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".-*

La circunstancia de que solo pueda ser sujeto activo del delito quien tenga la cualidad de funcionario público - *intraneus* - esto no supone excluir de responsabilidad a los demás intervinientes en el evento que carezcan de tal cualidad - *extraneus* -; pues se conserva la previsión legal del *"testaferro"* - *"persona interpuesta para disimularlo"* -, a quien se considera un claro partícipe, consecuente con la posición que he adoptado respecto de la acción típica, toda vez que el mismo presta su nombre para simular el incremento patrimonial

del funcionario y en ello reside su responsabilidad.

Se trata de un partícipe en el hecho del autor, y se exige que tenga un conocimiento cierto de que el sujeto se ha enriquecido, de su carácter de funcionario público, y de lo ilícito de la causa del enriquecimiento. En cuanto a la consecuencia jurídica, se mantiene, que la pena a aplicar se equipare a la del autor, pues de este modo se respeta la regla del *art. 45 Cód. Penal*, dando una respuesta más satisfactoria, que aquellas legislaciones que optan por elevar formas de participación o favorecimiento a la categoría de delito autónomo, como acontecía en nuestra legislación antes de la reforma al *art. 268 (2) Cód. Penal* introducida por *Ley N° 25.188*, pues contemplaba una pena menor a la del autor, a saber de *uno (1) a cuatro (4) años de prisión*.

3.1.2. EL INCREMENTO DEL PATRIMONIO

El aumento del patrimonio en comparación con los ingresos legales o lícitos de los funcionarios hace a la esencia del tipo, optando por conservar el término "*apreciable*", para describir cuando el enriquecimiento patrimonial tiene relevancia penal, dado que proporciona una mayor garantía al evitar que el tipo penal se aplique de manera poco razonable, amén de ser congruente con lo establecido en los documentos internacionales, en los cuales se habla de un incremento "*significativo*" o de "*considerable exceso*" respecto de sus ingresos lícitos, amén de ser coherente con la propia denominación del delito.

En consecuencia, los extremos a probar por el órgano de la acusación son claros, de naturaleza netamente objetiva, pues se debe demostrar que hubo un enriquecimiento patrimonial apreciable e injustificado, siendo penalmente relevante, cuando es incompatible con los ingresos legítimos del funcionario; conservando la previsión normativa que delimita en forma expresa la forma en la que se puede producir éste, a saber "*cuando el patrimonio se hubiese incrementado con dinero, cosas o bienes, sino también cuando se hubiesen cancelado deudas o extinguido obligaciones que lo afectaban*".

Para determinar este incremento no sólo debe tenerse en cuenta los ingresos que como funcionario público reciba del Estado, sino cualquier otro tipo de ingresos, que puede percibir no relacionados directamente con el ejercicio de su función pública como, por ejemplo, la procedencia de una actividad económica, de una herencia, de una remuneración procedente

del sector privado, de las ganancias que le pueda generar la gestión de sus bienes inmuebles, inversiones financieras, etc.

3.1.3.DETERMINACIÓN TEMPORAL DEL ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO

En cuanto a la determinación temporal o momento del enriquecimiento ilícito, a fin de evitar problemas interpretativos, se conserva de modo expreso el período durante el cual el sujeto activo puede ser considerado responsable de haber incrementado de modo apreciable su patrimonio respecto de sus ingresos legítimos, el cual debe coincidir con el período durante el cual el funcionario público ha desempeñado de modo efectivo sus funciones como tal: *“con posterioridad a la asunción de un cargo o empleo público”*.

Para despejar el problema común, de que el funcionario para evitar responsabilidad penal pueda optar por recibir los beneficios una vez que haya dejado el cargo, se soluciona, manteniéndose la previsión de que el nexo temporal se extiende a un período posterior: *“hasta dos años después de haber cesado en su desempeño”*.-

Como se observa, se trata de un delito que puede ser relativamente fácil acreditar, pues demanda se pruebe el incremento patrimonial desproporcionado del funcionario respecto de los ingresos lícitos declarados durante el ejercicio de sus funciones, y así castigar hechos, que de otra manera quedarían impunes, constituyendo un medio eficaz en la lucha contra la corrupción, claro está, sin que ello implique legitimar una legislación penal de excepción.-

En efecto, la previsión legal del delito de enriquecimiento ilícito en modo alguno importa una legislación menos estricta con la defensa de los derechos fundamentales, por el contrario, es absolutamente respetuosa de tales derechos, siendo de especial relevancia, las apreciaciones realizadas por Mercedes FERNANDEZ LOPEZ, quien al analizar la viabilidad de la incorporación a la legislación española del delito bajo estudio, destacó como éste no implica una limitación de garantías, como así tampoco supone un ejemplo práctico de Derecho penal del enemigo, al respecto indicó *“En mi opinión, nada tiene que ver con esta tendencia – por otro lado, cada vez más extendida -, y ello porque no reúne ninguna de las características de las normas penales en las que éste se manifiesta, a saber: (a) no implica un adelantamiento de la punibilidad por la vía de castigar meros actos preparatorios para lograr una mayor eficacia desde el punto de vista de la prevención general, ya que el delito*

de enriquecimiento ilícito castiga exclusivamente el enriquecimiento desproporcionado consumado y, por tanto, es un delito clásico de resultado; (b) por lo general (a la vista de las penas previstas en las diferentes regulaciones analizadas), las penas guardan la debida proporción con la gravedad del hecho castigado, entendida esta proporcionalidad, no en relación con el riesgo futuro que el sujeto activo pueda representar para la sociedad, sino en términos de estricta respuesta a la relevancia del incremento patrimonial que haya quedado acreditado y a la gravedad de su desproporción respecto de los ingresos declarados y (c) no supone una restricción o supresión de garantías procesales y, en particular, de la presunción de inocencia, ya que la acusación tiene la carga de probar los elementos integrantes del tipo penal”²⁶.

Si se acepta la propuesta que presento, como un claro tipo activo doloso, se diluyen los argumentos críticos que se formulan a su estructura típica, pues al extraerse del ámbito de la tipicidad “*la no justificación*” de la procedencia del enriquecimiento patrimonial apreciable, el núcleo del injusto típico se ciñe al “*enriquecimiento apreciable*” y objetivamente “*injustificado*”, no pudiéndose ya predicar afectación al principio de legalidad ni el derecho penal de acto.-

Del mismo modo, se superan los cuestionamientos en relación a la constitucionalidad de la figura, al no poder ya invocarse que la norma desconoce el principio *nemo tenetur*, colocando en cabeza del imputado la obligación procesal de probar el origen legal de su enriquecimiento patrimonial o que es ajeno a la función por él ejercida, al ser absolutamente respetuosa de las garantías individuales reconocidas no solo a nivel constitucional sino también convencional, al ratificarse que es la acusación, quien tiene la carga de probar los elementos integrantes del tipo penal, no siendo sustituido en esa carga por el imputado, lo que permite aplicar la figura con buenos resultados preventivo-generales y especiales.-

²⁶ FERNANDEZ LOPEZ, MERCEDES, “Consideraciones procesales sobre el delito de Enriquecimiento Ilícito”, en “Halcones y Palomas: corrupción y delincuencia económica”, EDUARDO DEMETRIO CRESPO y NICOLAS GONZALEZ – CUELLAR SERRANO, Directores, Castillo de Luna ediciones jurídicas, Madrid, 2015, p. 449/450.

CONCLUSIONES

La lucha contra la corrupción demanda buscar mecanismos legales, que permitan actuar con mayor solvencia y eficacia frente a delitos vinculados a la corrupción funcional, en los cuales se debe compatibilizar la persecución del delito con las garantías penales y procesales fundamentales.

Es indiscutible, que el derecho a la presunción de inocencia ocupa un lugar central en el ordenamiento jurídico procesal, y es merecedor de la más amplia tutela, el cual, desde el punto de vista particular de la función que desempeña como regla probatoria penal, constituye un supuesto de inmunidad frente a la acción estatal, pues permite al acusado permanecer inactivo, mientras la acusación no aporte pruebas que alcance el estándar de prueba aplicable en el proceso penal a los fines de la demostración de su participación en los hechos investigados.-

Y precisamente, uno de los principales problemas que se ha atribuido al delito de *Enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados públicos*, es la de exigir que el sujeto activo aporte justificación razonable del origen lícito del incremento patrimonial, lo que se ha considerado una violación del derecho al silencio, al estimar, que para lograr una sentencia absolutoria sería necesaria una actividad del acusado dirigida a acreditar el origen lícito de los bienes.

A partir de la delimitación del tipo objetivo de la norma, que tipifica en el derecho penal argentino el delito de *Enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados públicos* (art. 268 (2) *Cód. Penal*), conforme la reforma que postulo, consistente en extraer del ámbito de la tipicidad “*la no justificación*” de la procedencia del enriquecimiento patrimonial apreciable posterior a la asunción del cargo al ser debidamente requerido, permite superar tales objeciones, al determinar que la conducta prohibida se corresponde a un claro comportamiento activo y no una simple omisión de justificar.

Tengo la convicción, que tal diseño normativo, unido a un control eficaz y a una mejor actuación de los órganos de persecución penal, puede convertirse en un medio idóneo para la prevención de conductas delictivas vinculadas a la corrupción funcional.

En efecto, optar por no contemplar como elemento del delito la exigencia de la "*no justificación*" por parte del funcionario público del origen del incremento de su patrimonio, permitirá no solo superar aquellos argumentos críticos, que sostienen que el delito bajo análisis vulnera garantías constitucionales, por tratarse de una injustificable obligación de probar inocencia, al poner en cabeza del imputado la obligación procesal de probar el origen legal de su enriquecimiento patrimonial o cuanto menos que su condición es extraña a la función desempeñada, partiendo de éste modo la incriminación de una presunción de culpabilidad, sino también avanzar con paso firme en el juzgamiento de delitos de esta naturaleza, cumpliendo así con los compromisos internacionales asumidos por el Estado Argentino, al ratificar las convenciones de lucha contra la corrupción adoptadas por la O.E.A. y la O.N.U. (*Convención Interamericana contra la Corrupción – ratificada por Ley 24.759¹ y Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, -ratificada por Ley 26.097²*), pues ambas Convenciones incluyen entre sus propósitos, no solo la promoción por parte de los Estados Partes de medidas necesarias para combatir eficaz y eficientemente la corrupción, sino también sancionar tanto los actos de corrupción realizados en el ejercicio de las funciones públicas como de los actos de corrupción específicamente vinculados, *art. II.1* de la convención regional y *arts. 1.a. y 60.1.a* de la convención universal antes citadas.

Es que el delito *Enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados públicos*, se presenta como un medio para sortear aquellas dificultades que son frecuentes en la persecución de los delitos vinculados al sector público, como lo es el hallazgo de pruebas, pues se trata de un delito que puede ser relativamente fácil acreditar, al exigir que se acredite el carácter desproporcionado del incremento patrimonial, y a partir de éste, se puede determinar razonablemente el carácter ilícito de su origen, facilitando aún más todavía la prueba de los hechos constitutivo del delito, la obligación que recae en cabeza de los funcionarios de declaración de bienes al acceder y al finalizar el ejercicio de las funciones públicas.

La esencia del tipo penal radicaría en la presencia de un "*enriquecimiento patrimonial*", es decir, un acto comisivo por el cual el funcionario se enriquece, de modo

¹ Ley N° 24.759 publicada en el Boletín Oficial del 17.01.1997, Número 28566, Página 1, texto actualizado, InfoLEG, Información legislativa, servicios.infoleg.gob.ar.

² Ley N° 26.097 publicada en el Boletín Oficial del 09.06.2006, Número 30923, Página 1, InfoLEG, Información legislativa, servicios.infoleg.gob.ar.

“apreciable” e “injustificado”, consistente en un aumento significativo de su activo o una considerable disminución de su pasivo, posterior a la asunción del cargo, incompatible con el desempeño de la función, lo cual se determinará mediante la comparación entre el patrimonio declarado originariamente previo a la asunción del cargo conforme el deber de transparencia y lo acrecentado con posterioridad, pues cuando esta comparación arroje un desbalance injustificado y ostensible en el patrimonio, absolutamente incompatible con los ingresos de la función, ya se realiza el ilícito, no afectándose así el mandato de legalidad, y respetándose asimismo la intención del legislador constitucional y convencional contra la corrupción.

No quedan dudas, que ha de ser siempre la acusación la que aporte la prueba del elemento típico – *incremento patrimonial “apreciable” e “injustificado” respecto de los ingresos y bienes declarados* -, mientras que la estrategia defensiva del imputado solo será relevante cuando acreditados los hechos típicos, el tribunal constate que no ha ejercitado su derecho de defensa para aportar una versión más favorable o que, habiéndolo intentado, no lo ha logrado, porque sus alegaciones no han podido ser confirmadas con entidad suficiente para desvirtuar la tesis acusatoria, quedando claro que ésta nunca puede estar avalada en la sola explicación del acusado, sino en otros datos relevantes ajenos a la misma, pues ello sí ocasionaría una inversión de la carga de la prueba.-

No es suficiente para la acusación acreditar que se ha producido un incremento patrimonial del funcionario desde el acceso a la función pública o una disminución de su pasivo, sino que son dos los elementos constitutivos que debe justificar la acusación: primero, el incremento patrimonial en relación a los ingresos declarados al momento de acceso al cargo y; segundo, su carácter “apreciable” y objetivamente “injustificado”, es decir, su desproporción respecto de los bienes que pudieran justificarse como propios a partir de los ingresos legítimos declarados; y recién, a partir de ahí, probado el enriquecimiento, las explicaciones que puede brindar el acusado, no constituyen una manifestación de inversión de la carga de la prueba, sino una clara expresión del ejercicio de su derecho de defensa.

Es tarea de la acusación acreditar en todos los casos la conducta típica y punible, es decir, el enriquecimiento “apreciable” y objetivamente “injustificado” del funcionario, un claro delito de corrupción, constitutivo de una infracción de gran lesividad cometida por personas vinculadas al poder, en palabras de Nicolás González – Cuéllar Serrano “halcones

que – como en la pintura de Menzel – caen sobre las palomas para devorarlas”³.-

María Carolina CASTAGNO

³NICOLAS GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, “Halcones y Palomas: La persecución penal de la corrupción y de la delincuencia económica”, en “Halcones y Palomas: corrupción y delincuencia económica”, EDUARDO DEMETRIO CRESPO y NICOLAS GONZALEZ – CUELLAR SERRANO, Directores, Castillo de Luna ediciones jurídicas, Madrid, 2015, p. 515.

BIBLIOGRAFIA GENERAL

BACIGALUPO, Enrique, *“Derecho penal. Parte general”*, 2ª edición, Hammurabi, José Luis Depalma Editor, Buenos Aires, 1999.

BIDART CAMPOS, Germán J., *“Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino”*, Tomo VI *“La reforma constitucional de 1994”*, primera reimpression, EDIAR, Buenos Aires, 1995.

CABALLERO, José Severo, *“El enriquecimiento ilícito de los funcionarios y empleados públicos (después de la reforma constitucional de 1994)”*, en L.L. 1997-A-793.

CARUSO FONTAN, María Viviana, *“El concepto de corrupción. Su evolución hacia un nuevo delito de fraude en el deporte como forma de corrupción en el sector privado”*, Foro, Nueva época, Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales ISSN:1698-5583, N° 9/2009: 145/172, disponible en <https://dialnet.unirioja.es>.-

CARRIÓ, Alejandro D., *“Garantías constitucionales en el proceso penal”*, 6ª edición actualizada y ampliada, Hammurabi, José Luis Depalma Editor, Buenos Aires, 2015.

CHIARA DÍAZ, Carlos A, *“Art. 268. Enriquecimiento Ilícito de Funcionarios y Empleados”* en Asociación Pensamiento Penal, Código Penal comentado de acceso libre, en <http://www.pensamientopenal.com.ar/cpcomentado/37774>.

CREUS, Carlos, *“Delitos contra la Administración Pública”*, ed. Astrea, Buenos Aires, 1981.

CREUS, Carlos, *“Derecho Penal Parte Especial”*, T. II, 6ta. edición, Astrea, Buenos Aires, 1997.-

DEL CARPIO DELGADO, Juana, *“El delito de “Enriquecimiento ilícito”: Análisis de*

la normativa internacional", trabajo de investigación que se enmarca en el Proyecto DER2013-44228-R, "*Criminalidad organizada transnacional: una amenaza a la seguridad de los Estados democráticos*", dirigido por la profesora Laura Zúñiga Rodríguez y financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad; y en el Grupo de Investigación en Ciencias Penales y Criminología, SEJ 047 de la Junta de Andalucía dirigido por el Profesor Francisco Muñoz Conde, en *Revista General de Derecho Penal* 23 (2015), disponible en <https://www.researchgate.net>.

DE LUCA Javier Augusto y LOPEZ CASARIEGO Julio E., "*Enriquecimiento Patrimonial de Funcionarios, su no justificación y problemas constitucionales*", en *Revista de Derecho Penal – 2004-2 –*, "*Delitos contra la Administración Pública II*", Rubinzal-Culzoni Editores.

DEMETRIO CRESPO, Eduardo – NICOLAS GONZALES-CUELLAR SERRANO, directores, "*Halcones y Palomas: corrupción y delincuencia económica*", Castillo de Luna Ediciones Jurídicas, Madrid, 2015.

DONNA, Edgardo Alberto, "*Derecho Penal. Parte Especial*", Tomo III, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2005.

FONTTAN BALESTRA, Carlos, "*Tratado de Derecho Penal*", T. VII, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1971.

FRISTER, Helmut, "*Derecho penal. Parte general*", traducción de la 4ª edición alemana, 1ª edición, Hammurabi, José Luis Depalma Editor, Buenos Aires, Argentina, 2011.

GARZON VALDÉS, Ernesto, "*Acerca del concepto de corrupción*", en F. Laporta y S. Álvarez (eds), *La corrupción pública*, Madrid, Alianza Editorial, 1997.

GARZON VALDÉS, Ernesto, "*Acerca de la calificación moral de la corrupción. Tan solo una propuesta*", edición digital de la Biblioteca virtual Miguel de Cervantes, a partir de ISONOMIA, *Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, Nº 21/Octubre 2004, disponible en <http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmcsj1v5>.

GARZON VALDÉS, Ernesto, "*Calamidades*", Barcelona, Ed. Gedisa, 2009.

GELLI, María Angélica, "*Constitución de la Nación Argentina*", comentada y concordada, 4ta. edición ampliada y actualizada, Tomo I, La Ley, Buenos Aires, 2008.

JAKOBS, Günther, "*El ocaso del dominio del hecho. Una contribución a la normativización de los concepto jurídicos*", en Conferencias sobre temas penales, UNL, Rubinzal-Culzoni, 2000, Santa Fe.

KINDHÄUSER, Urs, "*Presupuestos de la corrupción punible en el Estado, la economía y la sociedad. Los delitos de corrupción en el Código penal alemán*", Polit. crim, n° 3, 2007, Al, p. 1-18, disponible en <http://www.politicacriminal.cl>.

LASCANO, Carlos Julio (h), "*El tipo objetivo del enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados públicos*", Disertación pronunciada el 28.04.2009 al ser incorporado como académico de número de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, disponible en <https://www.terragnijurista.com.ar/infogral/lascano2.htm>.

MALEM SEÑA, Jorge F., "*La corrupción. Algunas consideraciones conceptuales*", Universidad Pompeu Fabra, Revista Vasca de Administración Pública, ISSN 0211-9560, N° Extra 104, 2, 2016, disponible en <https://dialnet.unirioja.es>.

MILITELLO, Sergio A., "*Enriquecimiento ilícito de funcionarios públicos*", Editorial ASTREA, 2013, disponible en <https://www.astrea.com.ar>.

NUÑEZ, Ricardo, "*Tratado de Derecho Penal*", Marcos Lerner Editora Córdoba, Córdoba, 1992.-

NUÑEZ, Ricardo, "*Manual de Derecho Penal*", Parte especial, 2da. edición actualizada por Victor F. Reinaldí, Marcos Lerner editora, Córdoba, 1999.

REZZOAGLI, Luciano C., "*Guía para estudios universitarios y de postgrados*", ed.

UAD, Durango, 2009.

ROXIN, Claus, "*Derecho Penal. Parte general*", Tomo I, traducción de la 2ª edición alemana, editorial Civitas, Madrid, 1997.

RUSCA, Bruno, "*La persecución penal de la corrupción – Reflexiones y propuestas de política criminal*", Revista de la Facultad de Derecho, de la Universidad Nacional de Córdoba, Vol. III, N° 2, Nueva Serie II (2012), 137-154, disponible en <https://revistas.unc.edu.ar>.

SANCINETTI, Marcelo A., "*El delito de enriquecimiento ilícito de funcionario público – art. 268, 2, C.P. – Un tipo penal violatorio del Estado de Derecho*", ed. Ad.Hoc, Buenos Aires, 1994.

SOLER, Sebastián, "*Derecho Penal Argentino*", Tomo V, Ed. Tea, Buenos Aires, 1970.-

ZAFFARONI, Eugenio Raúl - ALAGIA, Alejandro – SLOKAR Alejandro, "*Derecho Penal. Parte general*", segunda edición, EDIAR, Buenos Aires, Argentina, 2003.

OTRAS FUENTES DE CONSULTA

1. LEGISLACION

Decreto/Ley N° 4778/1963, publicado en Boletín Oficial del 19.06.1963, pág. 4.

Ley N° 16.648, Anales de Legislación Argentina, Tomo XXIV-C, 1964, La Ley, pág. 2080 y ss; publicada en el Boletín Oficial del 18.11.1964, Número 20571, Página 2, InfoLEG, Información legislativa, *servicios.infoleg.gob.ar*.

Ley N° 24.759 aprueba "*Convención Interamericana contra la corrupción*", publicada en el Boletín Oficial del 17.01.1997, Número 28566, Página 1, texto actualizado, contiene texto de la Convención, InfoLEG, Información legislativa, *servicios.infoleg.gob.ar*.

Ley N° 25.188 publicada en el Boletín Oficial del 01.11.1999, Número 29262, Página 1, InfoLEG, Información legislativa, *servicios.infoleg.gob.ar*.

Ley N° 25.246 publicada en el Boletín Oficial del 10.05.2000, Número 29395, Página 1, InfoLEG, Información legislativa, texto actualizado de la norma, *servicios.infoleg.gob.ar*.

Ley N° 26.097 aprueba "*Convención Internacional de las Naciones Unidas contra la Corrupción*", publicada en el Boletín Oficial del 09.06.2006, Número 30923, Página 1, contiene texto de la Convención, InfoLEG, Información legislativa, *servicios.infoleg.gob.ar*.

Ley N° 27.401 publicada en el Boletín Oficial del 01.12.2017, Número 33763, Página 3, InfoLEG, Información legislativa, *servicios.infoleg.gob.ar*.

CODIGO PENAL ARGENTINO, edición al cuidado de Fernando M. ZAMORA, Zavalía editor, Buenos Aires, 2018.-

2. PROYECTOS LEGISLATIVOS

Proyecto de RODOLFO COROMINAS SEGURA, "Desempeño deshonesto de función pública", Cámara de Diputados de la Nación, Comisión Legislación General, N° 368,

Septiembre, 16, Año 1936, disponible en registro de la Biblioteca del Poder Judicial de Entre Ríos.

Proyecto de PECO de 1941, reproducido en SANCINETTI, MARCELO A. en “*El delito de enriquecimiento ilícito de funcionario público – art. 268, 2, C.P. – Un tipo violatorio del Estado de Derecho*”, ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1994.

Proyecto de SOLER de 1960, reproducido en SANCINETTI, MARCELO A. en “*El delito de enriquecimiento ilícito de funcionario público – art. 268, 2, C.P. – Un tipo violatorio del Estado de Derecho*”, ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1994.

Dictamen del Profesor Dr. Ricardo C. NUÑEZ a la consulta formulada por el Ministerio del Interior sobre el Proyecto de ley del Poder Ejecutivo, *Anales de Legislación Argentina*, Tomo XXIV-C, 1964, *La Ley*, pág. 2092.

3.FALLOS

“*PICO, JOSE MANUEL*”, Cám. Nac. de Casación Penal, Sala I, Causa N° 2697, Registro N° 3485, del 08.05.2000, en *LL 2001-D-252*.

“*ALZOGARAY, MARIA JULIA*”, Cám. Nac. de Casación Penal, Sala IV, Causa n° 4787, Registro N° 6674.4. del 09.06.2005, en *LL-2005-F-140*.

“*COSSIO, RICARDO JUAN ALFREDO y otros S/ RECURSO DE CASACION*”, Cámara Federal de Casación Penal, Sala IV, Registro N° 1075/18, del 29.08.2018, <https://www.cij.gov.ar>.

“*JAIME, RICARDO RAUL y otros S/ RECHAZO DEL PLANTEO DE INCONSTITUCIONALIDAD*”, Sala I de la Cámara Criminal y Correccional Federal, Causa n° 47.315, del 18/10/2012.

“*YEDRO, MARIO E. y OT.*”, Cám. Criminal de Concordia, Sala I, Entre Ríos, del 16/12/2005, confirmado por S.T.J. Entre Ríos del 11.04.2007, <https://www.entrerios.gov.ar>; www.jusentrerios.gov.ar.

"ROSSI, Domingo Daniel S/ENRIQUECIMIENTO ILICITO DE FUNCIONARIO PUBLICO", Cámara Primera en lo Criminal, Sala Segunda de Paraná, Entre Ríos, Causa N° 4270, F° 040, Año 2003, Sentencia 12.06.2006, confirmada por el S.T.J. Entre Ríos, del 20.11.2006, www.jusentrerios.gov.ar.

"ROSSI, Domingo Daniel S/ ENRIQUECIMIENTO ILICITO DE FUNCIONARIO PUBLICO", CSJN, Causa N° 2937, del 01.12.2009, Fallos: 332:2659, LL-2010-B-230.

"TALEB, RAUL ABRAHAM S/ENRIQUECIMIENTO ILICITO DE FUNCIONARIO PUBLICO", Cám. Primera en lo Criminal de Paraná, Sala I, Causa N° 6118 F° 57 del 18.04.2016, confirmada por la Cám. de Casación de Paraná, Registro N° 544/16 del 02.11.2017, www.jusentrerios.gov.ar.