

“CONSTITUCIONALIDAD DEL ART 268 (2) C.P”

Universidad Nacional de La Pampa
Facultad de Cs. Económicas y Jurídicas
Director de la investigación: Eduardo Aguirre
Alumnos:

Iviglia, Leandro Matías
Soncini, Sebastián Eduardo

INTRODUCCION

Este trabajo surge a partir del interrogante que nos plantea la constitucionalidad o no del enriquecimiento ilícito, debido a que en la actualidad este ha sido un punto de discusión dentro de la mas autorizada doctrina, donde se han cuestionado las característica jurídico-dogmáticas del tipo pudiendo encontrar en algunos supuestos una acérrima objeción constitucional a su validez, como así a quienes realizan un esmerado esfuerzo por hallar una interpretación favorable respecto de la norma en cuestión. La doctrina que pretende legitimar el delito estudiado intenta amoldar las irregularidades de la norma a las exigencias y parámetros del ordenamiento jurídico vigente en pos de mostrar a la represión del enriquecimiento ilícito del funcionario público como una oportuna y justa respuesta a las demandas provenientes de la sociedad.

Cuestión que hoy es más vigente que nunca y se compone de ira, bronca y repudio. La población ve con ojos desesperados y llenos de impotencia el comportamiento de sus representantes que se enriquecen de forma desmedida en su paso por la función

pública con la impunidad que le otorga el poder y con un desprecio absoluto por la realidad del pueblo.

Los esfuerzos realizados para convalidar la norma son en realidad esfuerzos para castigar la corrupción en el ejercicio de la función pública.

No obstante este gran fin de perseguir y castigar a los funcionarios que se enriquecen con el dinero del pueblo, nos preguntamos si esta defensa de la ley sustantiva esgrimida por el art 268 (2), se basa en una acabada y minuciosa interpretación constitucional de la norma o en un mero discurso demagógico que posibilita el avasallamiento de las garantías consagrada en nuestra carta magna.

Art. 268 (2) C.P

"Será reprimido con reclusión o prisión de dos a seis años, o multa de cincuenta por ciento al ciento por ciento 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 una 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.

Se entenderá que hubo enriquecimiento no solo 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."

El nacimiento de la norma obedece a una iniciativa de **Ricardo Núñez**⁽¹⁾, que en un primer momento fue rechazada por la cámara baja para luego

(1) Núñez, Ricardo Tratado Derecho Penal, Lerner, Córdoba, Argentina.

aprobarse en octubre de 1964, con la anuencia posterior de la Cámara de Diputados. Ya por ese entonces se efectuaban cuestionamiento en relación a la redacción de los proyectos y fundamentalmente a la violación de garantías que implicaba.

Pasaron mas de treinta años y se podría decir que los avatares políticos (y de los políticos) hicieron necesaria una revitalización de la norma (vale la pena observar que no se aplicó a nadie por años) y parece que el Legislador constituyente de 1994 introdujo nuevamente la cuestión con la redacción del art.36, quinto párrafo:"...Atentará asimismo contra el sistema democrático quien incurriera en graves delitos dolosos contra el Estado que conlleve enriquecimiento, quedando inhabilitado por el tiempo que las leyes determinen para ocupar cargos o empleos públicos. El Congreso sancionará una Ley de ética pública para el ejercicio de la función."

Por otra parte se sancionó la Ley 25.188 en concordancia con el mandato del constituyente (Ley de Etica Pública), pero antes se sancionó la Ley 24.759, que aprobó la Convención Interamericana contra la Corrupción, que en su art. IX refiere

"Con sujeción a su Constitución y a los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, los Estados Parte que aún no lo hayan hecho adoptaran las medidas necesarias para tipificar en su legislación como delito, el incremento del patrimonio de un funcionario público con significativo exceso respecto de sus ingresos legítimos durante el ejercicio de sus funciones y que no puedan ser razonablemente justificados por él...".

UBICACIÓN DEL TIPO

*¹Las distintas posturas podrían reducirse a aquellos que piensan que se trata de un delito de acción, otros de omisión y otros de una figura compleja.

Núñez⁽¹⁾ y Estrella Godoy Lemos afirman, que se trata de un delito complejo. Exige un enriquecimiento apreciable del autor y la no justificación de su procedencia, al ser debidamente requerido para que lo haga. El primero (enriquecerse ilícitamente) es un acto positivo. La segunda (no justificar)

(1) Núñez, Ricardo Tratado Derecho Penal, Lerner, Córdoba, Argentina.

representa una omisión al deber de justificación emergente del enriquecimiento y, por consiguiente, deber de justificar.

Creus⁽²⁾ sostiene que el enriquecimiento es una circunstancia del tipo que no tiene 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. Por esto el autor sostiene que es un tipo omisivo.

Fontán Balestra⁽³⁾, nos dice que no es la única figura en que se procede de tal modo (la inversión de la carga de la prueba), sin haber provocado reacción y da como ejemplo el de la quiebra fraudulenta por disminución no justificada del activo (art.176 inc.2 C.P.)

Para este autor la acción, es enriquecerse ilícitamente y el no justificar ese enriquecimiento es una condición de punibilidad.

(2) Creus, Carlos, Derecho Penal parte especial, Tomo II, Astrea, Bs. As.

Argentina, 1998, Pág. 323

(3) Fontán Balestra Carlos, tratado Derecho Penal, Tomo VII, Abeledo

Perrot, Bs. As. Argentina, 1971, Pág. 323.

El delito se consuma con el enriquecimiento, de esta forma el tipo sería de acción.

Bien jurídico tutelado

Existe discusión también a cerca de cuál es el bien jurídico de la norma. Por un lado está aquella postura clásica y consecuente con la ubicación sistemática del delito en el Código Penal que estiman que el bien jurídico que la norma protege 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. (Núñez, Creus sostienen que el objeto de tutela es la protección de la imparcialidad de los órganos de la administración frente a terceros, atacada en el caso por quienes se valen de los poderes propios de la función para lucrar con ellos o hacer lucrar a terceros).

Sin embargo, últimamente y a raíz de la búsqueda de un valor jurídico superior, la doctrina citada ideó como bien jurídico la imagen de la función pública, es decir, el tipo penal no busca

entonces reprimir el acrecentamiento patrimonial indebido del funcionario público sino, por el contrario, la imagen de “transparencia”, “gratuidad” y “probidad de la administración pública”.

Son partidarios de esta propuesta de los autores **De Luca y López Casariego**, quienes sostienen que “lo que se protege es la imagen de transparencia, gratuidad y probidad de la administración y de quienes la encarnan...aunque el funcionario se haya enriquecido lícitamente, por que ganó la lotería, recibió una herencia, el no justificarlo lesiona el bien jurídico, porque todos los administrados al percibir por si mismos el cambio sustancial en el patrimonio del funcionario se representarán — fundada o infundadamente— que esta originando 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.

OPINIONES A FAVOR Y EN CONTRA DE LA
CONSITUCIONALIDAD DEL ART 268 (2) C.P.

Argumentos a favor de la constitucionalidad:

La Condición Particular de funcionario público.

Uno de los argumentos que se esbozan es que la calidad de funcionario público del sujeto activo del ilícito los obliga a conocer con anticipación el régimen especial al que serán sometidos durante su función, siendo una de las condiciones la resignación voluntaria de los principios constitucionales.

La lógica sería que la singularidad del cargo posibilitaría que al funcionario, a diferencia de cualquier ciudadano común, se le achicara el bloque de garantías y principios previstos en la Constitución.

Sebastián Soler, en el debate parlamentario de la Ley 16.648, esgrimía este fundamento bajo la órbita de encuadrar al enriquecimiento ilícito como un delito omisivo. El autor explicaba que:

“...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...”.

En el mismo sentido se orienta **Creus**, afirmando que el enriquecimiento es una circunstancia del tipo que no tiene 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.

Este autor, afirma la constitucionalidad de la figura, en atención a que la Ley no crea una presunción, sino que impone un deber y lo que se reprime es su incumplimiento y agrega el art.18 de la C.N. en cuanto a que nadie está obligado a declarar contra si mismo, ya que quien se encuentre en la disyuntiva de confesar ser autor de un delito o no justificar y quedar como autor del delito previsto por el art.268 (2) , se trata de una disyuntiva que no emana de la Ley, sino de la conducta de cualquier modo ilícita del sujeto. Sería absurdo que hasta allí alcanzara aquella garantía, de neto corte procesal.

De Luca y Julio E. López Casariego⁽⁴⁾, afirman que se trata de un delito de omisión, y por tanto no es inconstitucional dado que lo que se valora en contra del imputado no es su silencio sino la existencia previa de un apreciable e injustificable enriquecimiento, a la vez que la condición de funcionario público implica de alguna forma la renuncia voluntaria de algunas garantías.

También se habla de que colocarse voluntariamente en situación de imposibilidad de justificar los delitos de omisión, no impide su configuración.

Por otra lado **José Severo Caballero***, coincide en que la acción típica es no justificar el enriquecimiento apreciable, producido con posterioridad a la asunción del cargo público y que no advierte ataque constitucional, dado que con el requerimiento debido se conservan todas las posibilidades de defensa. Tampoco el estado de inocencia, (sobre la base de la presunción de ilicitud del origen de la riqueza) se vería afectado

(4) De Luca y Julio E. López Casariego, *Enriquecimiento ilícito y Constitución Nacional*, La Ley, Febrero 2000, Pág. 249 y sig.

solo cuestionado como en cualquier imputación, pero su estado de inocencia se mantendría inalterado.

El autor también le atribuye el carácter de deber constitucional al hecho de justificar, por su especial naturaleza política y social. La justificación es como la rendición de cuentas de un funcionario que administra bienes ajenos ante el requerimiento administrativo o judicial.

Hasta aquí se pueden observar opiniones que por distintos motivos defienden la constitucionalidad de la figura en estudio y con matices, mayoritariamente, la ubican como un tipo de omisión.

La norma obliga a declarar a favor de sí mismo.

Otra de las manifestaciones que brega por justificar la legitimidad la estructura típica del delito del enriquecimiento ilícito es aquella que dice que la norma no busca que el funcionario se vea obligado a declarar contra si mismo, sino que su objetivo es que lo haga a favor de si mismo.

Se trata de un simple juego de palabras que no hace mas que desconocer el real contenido de la garantía de “no autoincriminación” (CN., 18).

El sujeto sometido a proceso penal debe elegir en forma libre y espontánea si presta o no declaración ante la intimación judicial que se le hace. La garantía de no verse obligado a declarar contra si mismo no queda irrestricta a la confesión, sino que abarca generalizadamente la decisión personal de explicar, confesando o no, los hechos que se le imputan.

Es una máxima constitucional, sin distinciones, que no se puede obligar al acusado a brindar información sobre lo que conoce; esta dentro del ámbito de su libertad tomar la decisión de colaborar con la persecución, motivo por el cual resultaría ciertamente inmoral e invasivo que las agencias del Estado pretendan conseguir dicho aporte coactivamente.

Esta exégesis no resiste frente al análisis de la estructura típica del ilícito.

Surge con evidencia de la misma que su finalidad principal es obtener la colaboración del acusado para dilucidar la

existencia de hechos infractores que condujeron al enriquecimiento indebido, el que no es posible probar por los cauces probatorios ordinarios.

El Código Penal, con las consecuencias reseñadas, busca sancionar penalmente un acrecentamiento patrimonial originado en posibles conductas que autónomamente quizá son delitos (cohechos, exacciones ilegales, peculados, etc.), pero, debido a las peculiaridades de quien las comete (delito especial propio) resulta difícil demostrar su perpetración.

Por ello, el dato objetivo de un notable aumento patrimonial no es prueba suficiente de la comisión del delito de enriquecimiento ilícito (CP., 268 —2—) y no siendo posible que el Estado por sus medios y procedimientos ordinarios se proporcione los elementos conducentes para justificar los hechos de dudosa legitimidad que pudieron dar lugar a dicha situación, viene la no explicación del funcionario del origen legítimo del enriquecimiento a configurar el hecho complementario para la punición de la conducta.

El artículo 36 Constitución Nacional como legitimante del artículo 268 (2) del Código Penal

El contenido del quinto párrafo del nuevo artículo 36 de nuestra Carta Magna viene siendo considerado como la voluntad del constituyente de legitimar las disposiciones del tipo penal estudiado, más allá del quebrantamiento a las garantías y principios del debido proceso que el citado cuerpo normativo evidencia.

La mentada disposición constitucional reza que: “Atentará contra el estado democrático quien incurriere en grave delito doloso contra el Estado que conlleve enriquecimiento, este autor quedará inhabilitado por el tiempo que la leyes determinen para ocupar cargos públicos”.

Se explica que la incorporación de dicho precepto responde a un objetivo nacional con el que se procura —en lo político— la defensa del orden democrático mediante el imperio o la vigencia constitucional.

Así, se trata de una reforma que revaloriza la labor de los funcionarios y empleados públicos a quienes se les confía la

guarda y administración de fondos públicos; por ello, el incumplimiento de los deberes que le asisten por tal rol asignado se instruye bajo un programa procesal distinto, aunque aparentemente violatorio de los principios y garantías sustanciales al Estado de Derecho.

La lucha contra la “corrupción” vendría a ser el escudo esgrimido para ocultar o alivianar las duras críticas que la norma cuestionada recibe por parte de un sector de la doctrina respecto de su inconstitucionalidad.

Tal es el fervor invertido para asegurar la vigencia de la penalización del enriquecimiento ilícito que se manifiesta que el incumplimiento de un deber sustancial adquirido a raíz del manejo de los fondos públicos confiados al funcionario y en relación a sus funciones no puede habilitar el planteo de que viola el principio de inocencia que consagra el artículo 18 de la Constitución Nacional, toda vez que se trata de hechos que suponen de manera vehemente el enriquecimiento a costa de los fondos públicos.

La conducta típica prevista por la norma analizada es un accionar doloso y abiertamente abusador de la función encomendada, por lo que se relativiza y relega la presunción de inocencia prevista en el artículo 18 de la Constitución Nacional.

Además, se argumenta que no existiría ataque al derecho de defensa en juicio por cuanto el requerimiento de justificar mantiene todas las posibilidades de defenderse y el cuestionamiento a la presunción de inocencia es similar a cualquier otro proceso, siendo únicamente el dictado de una sentencia condenatoria la que lo declare y permita considerarlo culpable.

Sin lugar a duda estas interpretaciones gestionan gratas elucubraciones a favor de la constitucionalidad del texto legal, con un giro indiscutible de ideas que buscan en un lector ocasional un punto de vista indulgente y favoritista del delito.

La Convención Interamericana contra la corrupción (Ley 24.759)

Otro de los argumentos legitimantes al que se acude es la ratificación de la Convención Interamericana contra la corrupción, suscripta en la ciudad de Caracas, Venezuela, el 29 de marzo de 1996, en ocasión de la Tercera Reunión Plenaria de la Organización de Estados Americanos; Pacto Internacional que fue sancionado por el Congreso Nacional el 4 de diciembre de 1996 a través de la Ley 24.759, la que fue promulgada de hecho el 13 de enero de 1997.

Esta convención internacional, dentro de sus objetivos, resalta la importancia de prevenir, perseguir y sancionar actos de corrupción contra el Estado, considerando a éstos actos como un obstáculo serio para todo desarrollo social y económico, como así también, una de las principales amenazas contra el orden democrático y la consolidación del Estado de Derecho.

La norma pertinente ubicada en el capítulo IX dice lo siguiente:

IX. Enriquecimiento ilícito. Con sujeción a la Constitución y a los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, los Estados parte que aún no lo hayan hecho adoptarán las medidas necesarias para tipificar en su legislación como delito, el 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.

Entre aquellos Estados parte que hayan tipificado el delito de enriquecimiento, éste será considerado un acto de corrupción para los propósitos de la presente Convención.

Aquel Estado parte que no haya tipificado el enriquecimiento ilícito brindará la asistencia y cooperación prevista en esta Convención, en relación con éste delito, en la medida en que sus leyes lo permitan.

Se desprende claramente del texto que la tipificación penal del enriquecimiento ilícito debe serlo con observancia al texto fundamental y a los principios que rigen al ordenamiento jurídico interno; encontrándose entre ellos, el de legalidad, el de

culpabilidad, el de inocencia, sobre la carga de la prueba del acusador, como así también la prohibición de obligar a declarar contra si mismo (nemo tenetur).

Entonces, resulta improcedente aducir que en virtud de la existencia de una normativa supranacional que impone a los Estados Parte tomar medidas urgentes para reprimir actos de corrupción signifique que se está legitimando la fórmula del artículo 268 (2) del Código sustancial, pues ésta, como bien venimos desarrollando, lejos se encuentra de acatar los postulados constitucionales y principios del orden jurídico interno.

La convención es precisa al ordenar que las medidas tendientes a tipificar el delito de enriquecimiento indebido debe serlo con respeto a la máximas legales que rigen y dan lugar al Estado de Derecho, por lo tanto, consideramos que no puede prosperar esta argumentación en pro de la constitucionalidad de la norma en cuestión, más todo lo contrario. El ilícito previsto por la norma penal aquí cuestionada, con éste acuerdo

internacional, queda más al descubierto en cuanto a su violación a las garantías constitucionales.

Jurisprudencia:

“PICO JOSE MANUEL”, L.L. 1998 F 733 CCCORR SALA A DE FERIA 15/01/98.

“PICO JOSE MANUEL” CAUSA 2697- SALA I, REG. 3485, 08/5/00 CÁMARA DE CASACIÓN PENAL NACIONAL, L.L t. 2001 D, p.p.251/262.

Argumentos en contra de la constitucionalidad:

El principal problema que se advierte en el artículo que sanciona el enriquecimiento ilícito de funcionarios públicos —CP., 268 (2)— es su validez constitucional, en tanto que vulnera garantías y principios constitucionales básicos para el Estado de Derecho.

Una lectura simple de la norma nos conduce a presumir que existe de antemano una presunción cargosa de culpabilidad de aquel funcionario que viera acrecentado su patrimonio, toda vez que se obliga al propio imputado a desacreditar dicha

presunción mediante la justificación de la legitimidad del enriquecimiento, pues si así no lo hiciere necesariamente será condenado en sede judicial.

El tipo penal se configura con el acrecentamiento del patrimonio (mediante el aumento del activo o la disminución del pasivo) y la no justificación debida del funcionario en el proceso. Es decir, se coacciona a declarar inculporiamente al inculporado por cuanto su silencio habilita, sin más, el castigo penal. No importa la posibilidad o imposibilidad del funcionario de poder justificar la licitud de enriquecimiento, desde el inicio se lo considera culpable y es él el que tiene que desbaratar esa curiosa (e ilegal) presunción.

La lógica con que se pretende interpretar la controvertida norma es la siguiente: “advuerto que tienes tu patrimonio incrementado, por lo tanto, parto de la presunción de que eres responsable de las conductas ilícitas que me veo impedido de demostrar, por lo que te convoco por dicha sospecha a que expliques en un proceso penal las razones lícitas o ilícitas del enriquecimiento, sin importar tu posibilidad para ello.

Entonces, si explicas confesando que el aumento fue ilícito, serás condenado —tal vez— por delitos cometidos para ello (cohecho, exacciones ilegales, peculado, etc.) o por el previsto por el tipo penal aquí analizado, si es que me veo imposibilitado de demostrar la materialidad delictiva de aquellos. Por otra parte, si no explicas o no justificas el enriquecimiento advertido, igualmente serás condenado en los términos del artículo 268 (2) del Código Penal.

En definitiva, solamente te verás exento de sanción si puedes demostrar que el incremento responde a razones legítimas, sin perjuicio de haberte visto incoado a declarar y disculparte coactivamente, ello era necesario pues se presumía que eras culpable”.

Básicamente, éste es el método que la figura legal emplea para reprimir conductas que coyunturalmente requieren sanción punitiva. Es indiscutible como se trastocan las garantías constitucionales con el objetivo de conseguir una condena por un simple estado, una calidad de vida, sin perjuicio de que tal vez

fueran producto de actos delictivos concretos que no resulta posible corroborar.

En este contexto, ninguna duda puede haber acerca de que el acusador en estos delitos tiene aligerada su tarea, pues el imputado deberá concurrir al juicio armado de un caudal probatorio cierto y suficiente para desbaratar su presunción inicial de culpabilidad; constituyendo esta circunstancia una clara inversión de la carga de la prueba que merece nuestra mas ferviente objeción.

Principio de Legalidad Formal (CN., 19).

*²Acorde el texto constitucional que lo consagra, el principio de legalidad prescribe que ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso (CN., 19).

Resulta claro que el artículo 18 de nuestra Carta Magna prevé la legalidad procesal penal y que la duda acerca de la legalidad penal ha perdido importancia en función de su actual consagración expresa en el artículo 9° de la Convención

Americana y artículo 9° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, con vigencia constitucional en virtud de lo normado por el artículo 75 inciso 22 del texto legal citado.

Es decir, solamente podrá ser castigada aquella conducta que se encuentre descripta con suficiente precisión en una ley y prevea, con iguales características, la sanción que deviene imponible. Es fundamental el dato de que la norma haya sido exhaustiva en cuanto a la definición del accionar que estima reprimible.

Se puede reparar, con una desprovista lectura de la norma penal bajo estudio, que la señalada exigencia constitucional no se cumple, por cuanto lo que se castiga no es un hecho concreto y cierto, sino, un estado, una situación: el enriquecimiento ilícito, sin importar cual sea su causa-fuente.

Sancinetti⁽⁵⁾ explica que la fórmula legal del artículo 268 (2) del Código Penal intenta tender un puente salvador a la

(5) Sancinetti Marcelo, El delito de enriquecimiento ilícito de funcionarios públicos –Art 298 Inc. 2 C.P- Un tipo penal violatorio de derecho, Ad Hoc. Bs. As., Argentina, 1994.

imposibilidad de probar conductas tales como el cohecho, las exacciones, las negociaciones incompatibles, el peculado, el abuso de autoridad, etc., recurriendo a ellas de modo elíptico mediante el verbo “enriquecerse” sin ningún límite de tipicidad.

Un considerable bagaje de conductas, autónomamente punibles o no, pueden ser absorbidas por la sanción penal estipulada para el enriquecimiento. El enriquecerse ilegítimamente no constituye una conducta, es sólo un estado que la ley castiga y que, al provocar por orden legal un estado sospecha, impone al destinatario de la acusación tener que desbaratarla en el transcurso de la encuesta judicial, contrariando con ello las genuinas reglas del debido proceso penal (de acuerdo a nuestro sistema acusatorio, es el acusador quien debe probar la culpabilidad del acusado).

Sebastián Soler⁽⁶⁾, a fin de escabullirse a la crítica mediante la cual se asegura que la prohibición prevista por la norma no lo es respecto de una conducta concreta, estima que el

(6) Sebastián Soler, Derecho Penal Argentino, actualizado por Manuel Bayala Basombrio, Tomo V, Tea, Bs. As, Argentina, 1996, Pág 266 y sig

tipo penal comentado regula un delito de omisión. En base a ello, la conducta reprimida se encontraría determinada en la omisión de cumplir un deber expreso asumido por el funcionario de rendir cuentas ante el requerimiento de la autoridad.

Fundamenta el citado autor que la asunción de un cargo público comporta un deber especial de pulcritud y claridad en la situación patrimonial, por lo que afirma que el funcionario que sienta esa obligación como demasiada pesada o incómoda, pues que se aparte de la función pública.

De acuerdo a todo ello, el tipo consiste en “no justificar” la procedencia de un cambio patrimonial que significa enriquecimiento. Así el funcionario público, debido a su condición funcional, tiene sobre sí el deber de justificar su caudal patrimonial, por lo que el no realizar esta conducta cuando le es requerida permite que sea castigado penalmente, sin importar si el acrecentamiento de su patrimonio responde o no a un origen espurio.

Si bien luego ahondaremos sobre la posibilidad de calificar al tipo penal estudiado como un delito de omisión, se

adelanta que hacemos nuestras las severas críticas que merece el darle forzosamente esa estructura típica, ya que como atinadamente explica **Sancinetti** una u otra moldura típica que quiera utilizarse no dejará a salvo el quebrantamiento a las garantías constitucionales que se hace. Soluciones de índole dogmática no podrán salvar las falencias de la norma a la que recurre en virtud imposibilidades probatorias y para responder amenablemente a los requerimientos de la política criminal de turno.

Por consiguiente, la figura del enriquecimiento ilícito, al no poseer una descripción de cuál es la conducta que se imputa, sino tan sólo un estado patrimonial cuestionable que genera sospecha de culpabilidad, viola el principio de legalidad que protege el art. 18 de la CN.

Violación al Principio de inocencia.

Otro de los principios constitucionales que el delito de enriquecimiento ilícito quebranta es el de inocencia, entendido este como la imposibilidad del Estado de tratar como culpable a la persona a quien se le atribuye un hecho punible, cualquiera sea

el grado de verosimilitud de la imputación, hasta tanto una decisión judicial firme, precedida de un debido proceso (CN., 18), declare su responsabilidad y le imponga una pena.

Una de las consecuencias procesales del mentado principio fundamental es que la carga de la prueba de la inocencia no le corresponde al acusado, por cuanto es una labor asignada al Estado, por medio de sus representantes, el de demostrar la culpabilidad que se reprocha.

Son claras las palabras de **Chiapinni**⁽⁷⁾ cuando expone que el imputado no tiene necesidad de construir su inocencia, ya construida de antemano por la presunción que lo ampara, sino que, antes bien, quien lo condena debe construir completamente esa posición, arribando a la certeza sobre la comisión de un hecho punible.

En este sentido, el tipo penal del enriquecimiento ilícito incurre en la inconstitucionalidad al estimar responsable al funcionario que acrecienta, a simple vista indebidamente, su

(7) Chiapinni Julio, El delito de no justificación de Enriquecimiento Ilícito, La Ley, 1986, Pág 853.

patrimonio, imponiendo sobre su cabeza el deber de demostrar su inocencia, por cuanto, una vez intimado, será el inculpado quien deba demostrar el origen legal de su enriquecimiento o su ajeneidad a la función para desvirtuar la imputación.

Las tareas se truecan y es el acusado quien tiene que acreditar, so riesgo de sanción penal, la legalidad de incremento patrimonial.

Consideramos que el motivo por el cual se recurre a esta estructura típica, indiscutiblemente violatoria del principio de inocencia, es que la artículo 268 (2) del Código Penal tiene su fundamento existencial en la intención de sancionar conductas concretas que fueron causa-fuente del enriquecimiento, las que son imposibles de probar en el curso del proceso.

Sancinetti, con la contundencia que caracteriza a sus conclusiones, refiere que el delito de enriquecimiento ilícito no es un delito autónomo. Se trata una regla procesal puesta en el derecho material para perseguir supuestos hechos punibles, no identificados procesalmente; o sea, se trata de una figura creada para quebrantar garantías constitucionales y sancionar a un sujeto

como si hubiera en verdad cometido un delito específico contra la administración pública que no es posible identificar y que elípticamente se quiere castigar con el enriquecimiento indebido.

Asimismo la teoría mediante la cual se afirma que se trata de un delito de omisión viene, otra vez, a querer salvar los desatinos constitucionales de la figura, pues los mentores de la misma han esgrimido que lo que se sanciona no es la presunción de que el funcionario ha acrecentado su patrimonio de manera indebida, sino la conducta de desobedecer el “deber formal que le compete de justificar” su ensanchamiento patrimonial.

En la misma línea de argumentación alguna parte de la doctrina intenta explicar —con sus rodeos— que no se trata de demostrar la inocencia del funcionario sospechado, sino que no se ha enriquecido ilegítimamente merced de su cargo, concretamente, la acción de “justificar” no es “probar” en términos técnicos procesales.

Otro contra argumento que se esboza es que el funcionario tiene que probar, en el caso, la licitud del enriquecimiento de la misma forma que cualquier imputado debe

hacerlo respecto de la causa de justificación que alegue en su favor. Y con acierto Javier Esteban De la Fuente aduce que el solo enriquecimiento no puede ser asimilado a una acción típica, pues el solo incremento patrimonial no constituye una acción prohibida

No cabe duda que hay que disentir con semejante pensamiento. La figura del enriquecimiento ilícito persigue que el funcionario acusado se presente ante el juicio, justifique el incremento patrimonial apreciable para que, por medio de su actividad probatoria, se dilucide la existencia de delitos tales como cohechos, exacciones ilegales, peculados, etc., en virtud de que los mismos no pueden ser justificados directamente.

El brete en que es colocado el acusado es notable. Tiene que enfrentarse con la amenaza penal de que si no comprueba que su patrimonio se dilató a raíz de causas legítimas, su silencio será castigado y su confesión de hechos criminosos también, y lo que es más curioso con una pena mayor a la que corresponde para los delitos que el Código Penal reprime de modo autónomo.

Concordamos, en que el artículo 268 (2) del Código Penal, sin perjuicio de la estructuras típica que se le quiera imponer (omisiva) y de los argumentos que se intentan para salvarlo, es violatorio del principio de inocencia por cuanto invierte la carga de la prueba, atribuyendo al imputado el deber de demostrar su falta de responsabilidad penal. El fracaso o la imposibilidad con que tropiece en esta tarea asignada fundara, bajo la simple sospecha, la aplicación de una pena.

Violación a la garantía de la no autoincriminación (nemo tenetur).

La garantía de no verse obligado a declara contra si mismo —nemo tenetur se ipsum prodere— que consagra el artículo 18 de la Constitución Nacional es quebrantada también por la figura del delito de enriquecimiento ilícito.

Este axioma fundamental del Estado de Derecho permite al acusado la opción de guardar silencio ante la intimación judicial que se le efectúa, de negarse a declarar sin que ello conlleve consecuencias en su perjuicio.

El imputado es incoercible y como tal no puede verse obligado a colaborar en la investigación que se le sigue en su contra por la presunta comisión de un delito, toda vez que este principio no solo opera como garantía, sino como límite a la actuación penal del Estado, por lo que, frente a la actuación de éste, no resulta disponible jamás dicha garantía por la voluntad individual de los afectados

El Estado, por medio de sus agencias, es quien tiene que gestionar la acreditación de la culpabilidad del sujeto que tiene sentado en el banquillo. Por tal motivo, no puede, frente a los escollos que el hecho presenta en la realidad, coaccionar al imputado por medio de una sanción penal a que sea él quien ofrezca el caudal probatorio para justificar su responsabilidad o su inocencia.

Si se reconoce que cierta categoría de ilícitos contra la administración pública resultan difíciles de probar, entendemos que esta salida legal no es la más elegante y simpática con el ordenamiento constitucional.

Particularmente, mediante el delito que venimos estudiando, el legislador impone al acusado la obligación de declarar para justificar el origen de su incremento patrimonial, pues su silencio, contrariando la máxima constitucional comentada, será suficiente para condenarlo. El silencio, curiosamente, vendría a fundar la sentencia condenatoria, es decir, si decide el funcionario ampararse en la garantía de la no autoincriminación, paradójicamente, habilitara a que se le imponga un castigo de naturaleza penal.

Pero también, si declara y justifica que la causa fuente de su dilatado patrimonio responde a ciertos hechos delictuosos cometidos durante su función, será sancionado. Uno u otro caso será suficiente para el castigo del funcionario que estuvo sospechado de enriquecimiento indebido. Hasta puede llegar a darse la injusticia, como dijimos con anterioridad, que el inculpado se vea impedido de disponer de las constancias necesarias para acreditar ante la intimación judicial la legitimidad del aumento de su patrimonio, supuesto en el cual también será condenado.

En este sentido resulta evidente que si el enriquecimiento fue ilícito se está obligando al acusado a que se autoincrimine.

Los defensores de esta figura han esgrimido que el castigo no se basa en el silencio del imputado o su negativa a declarar, sino que la sanción está sustentada en los datos que objetivamente incorporados al proceso demuestran que la acaudala fortuna no se justifica.

Por nuestra parte, apoyamos la refutación que explica que en verdad ello no es así, dado que es suficiente que esté acreditado el incremento patrimonial apreciable durante el ejercicio de la función, debiendo el propio funcionario desbaratar esa presunción cargosa con la prueba de la licitud del enriquecimiento.

Jurisprudencia

FALLOS NACIONALES:

“ALSOGARAY MARIA JULIA”, TRIBUNAL ORAL CRIM.

FED. N° 4, 31/05/04,

Lexis N° 30012536.

“ANGELOZ CARLOS M Y OTROS” C7° CRIM. CORDOBA;

LL 1999-B, 794

“GENTILE O.” CCCORR. FED. SALA I, 11/10/94; C. 25.566

JPBA 91 F 482 P. 286.

GLUGLIELMETTI, Raul, CNCrim., sala IV, 1999/10/04 L.L.

Suplemento de Jurisp.

31/08/00 pp. 35/43

“NICORA J.L.” C, 81.670 JPBA F 393 T° 98 P. 127 C 2° CCOM

LA PLATA 07/05/97:

FALLO INTERNACIONAL:

ACCION DE INCONSTITUCIONALIDAD N° 842-P-90

Suprema Corte de Costa Rica

en Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal N° 8, Año V,

Nro. 8 C-1999, pp. 968977

POSIBLE REFORMA AL ART. 268 (2) DEL C.P.

Sin pretender agregar mayores elementos a las sólidas razones invocadas por **Donna**⁽⁸⁾, **Sancinetti y Chiapinni**, a las cuales adherimos, parece que ante la clara inconstitucionalidad de la norma en estudio, es necesario modificar la redacción y volcar los esfuerzos respetando la intención del legislador constitucional y la Convención contra la Corrupción, para dar respuesta a estos hechos dentro del marco adecuado.

La temática inicial e ineludible para abordar el tópico pasa fundamentalmente por verificar la correcta redacción del tipo y su necesaria lectura bajo el prisma constitucional. Como está hoy la redacción, este extremo no puede ser sorteado, por lo que propiciamos un cambio en la norma. Si la norma dijese: *“Será reprimido con reclusión o prisión de dos a seis años o multa de 30 a 50 por ciento del valor del enriquecimiento e inhabilitación absoluta perpetua para ejercer cargos públicos, al funcionario que se enriqueciera*

(8) Donna, Edgardo Alberto, Derecho Penal parte especial, TomoIII, Rubinzal–Culzoni, Santa Fé, Argentina, 2001, Pág. 392.

ilícitamente, con posterioridad a la asunción del cargo o empleo público y hasta dos años después de haber cesado en su desempeño.

Habrá enriquecimiento cuando el patrimonio se hubiera incrementado con dinero cosas o bienes o cuando hubiera cancelado deudas o extinguido obligaciones que lo afectaban de manera ilícita.

La persona interpuesta para disimular tal enriquecimiento será sancionada conforme las reglas generales de la participación criminal”.

Lo que estamos auspiciando es una reformulación, para que sea claramente, un tipo activo doloso.

La llamada justificación no debe integrar el tipo en modo alguno, sino que como cualquier explicación es facultativa y su silencio, no es más que el uso de una garantía constitucional. Se podría contestar , en definitiva, probarle los cohechos, las dádivas, las exacciones, etc. , pero en realidad no, porque la circunstancia del enriquecimiento probado conlleva la idea de imposibilidad material de concreción. En términos más sencillos,

no puede con su patrimonio previo a la función, haber adquirido el bien. Esto no es una presunción inconstitucional, sino un estado de sospecha que permite iniciar la investigación, al margen de cualquier requerimiento de justificación.

Rechazamos las críticas que hablan de presumir ilicitudes, porque ello sería válido si solo se hablara de enriquecimiento y evidentemente la Constitución no puede prohibir que la gente mejore económicamente, lo que si se debe hacer es sancionar esa mejora cuando proviene de lo ilícito, y este extremo no se presume se debe probar acabadamente.

Además, la objeción del origen espureo cae por su propio peso, por cuanto si el funcionario afirma que es producto de su actividad de exacciones o dádivas, los autores admiten que entonces hay que perseguirlo por ello, pero si es de otro delito no vinculado con la función, en lugar de probarle que es jefe de una banda de ladrones de autos, basta la no justificación, realmente están transformando al tipo del art.268 (2), en una gran red que todo lo abarca, sin importar las reglas generales del derecho constitucional.

La realidad nos indica que a pesar de los "esfuerzos" normativos y la reafirmación de la voluntad política de perseguir y condenar estos hechos, solo algunos desprevenidos y "abandonados" funcionarios han caído en mas de treinta años de vigencia de esta norma, dado que la jurisprudencia ha sostenido mayoritariamente que la acción es no justificar; afirmando que la justificación "lo favorece al darle la ocasión de defenderse".

*Caballero, José Severo, El enriquecimiento ilícito de los funcionarios públicos y empleados públicos (después de la reforma Constitucional de 1994), La Ley, 1997, Pág. 793.

*¹ Militello, Sergio A., "Enriquecimiento Ilícito"

*² Nestor Conti y María Fernanda Samuell, monografía: "el delito de enriquecimiento ilícito y una profusa violación a las garantías y principios constitucionales (Art. 268 Inc.2)"

CONCLUSION

Finalmente, a través de este trabajo hemos concluido que la figura prevista en el art.268 (2) del C.P. pese a su reciente modificación, sigue por el camino de la inconstitucionalidad y que la formula indica que la conducta es omisiva y consiste en “no justificar”, por lo que el núcleo central del tipo pasa por la necesaria explicación del imputado, vulnerando así el principio de inocencia e invirtiendo la carga de la prueba.

Los argumentos que respaldan esta afirmación son producto de inquietudes cercanas a la ética y a la moral , cuando no de la indignación, alejadas del modelo de Estado constitucional diseñado en nuestro País.

Todos los trabajos justificantes y legitimantes siguen rodeando el problema sin atinar a la solución buscando el atajo de la versión inculpativa del imputado, con remisiones al deber, obligación funcional y a la carga del que acepta el empleo público, sin conformarse con la declaración jurada exclusivamente.

La reformulación del tipo penal es atacar el centro del

problema y admitir que el Estado como en todos los casos debe ser cuidadoso con el avance sobre las garantías individuales, por lo tanto una solución que al ser propuesta, ya reconoce el problema, es afirmar que el núcleo, es enriquecerse ilícitamente y a esta como a cualquier imputación hay que probarla.

Siempre será mejor aceptar el molde constitucional que elastizarlo en pos de conductas irritativas a la sociedad, que por lo que se ha visto, proliferan más, que los juristas preocupados por corregir la norma o los operadores judiciales por investigar los hechos.

Sin embargo, creemos que la norma sobrevivirá al escrutinio constitucional que lleven a cabo los jueces en tanto y en cuanto continúen conjugándose factores de distinta índole, a saber:

- 1) un alto grado de corrupción en el ejercicio de la función pública a punto tal de tomar dimensiones sociológicas;
- 2) un alto grado de impunidad originado en distintas causas, entre ellas, y como principal, la utilización del poder mismo que el cargo brinda al funcionario corrupto;

3) la convicción social de que las condenas a funcionarios públicos en las condiciones del Art. 268 (2) del Código Penal son “justas”.

Dicho esto creemos válido citar al maestro SANCINETTI para responder a la inquietud que planteamos al comienzo de este trabajo “...este delito es utilizado para la “autodignificación indirecta”...”, queriendo significar con ello que, pese a los vicios evidentes del artículo 268 (2) del catálogo sustantivo, la defensa del mismo conduce al prejuicio de que todo aquel que sea virtuoso, por cuanto éste deberá defender la estructura típica y estará a favor de la sanción de estos actos sin perjuicio que el costo sea relativizar garantías de rango constitucional; mientras que aquel que se enfrente a dicha postura, cuestionando legalmente al artículo defendiendo las garantías y principios establecidos en la Constitución Nacional, será catalogado como alguien que desea el amparo de funcionarios deshonestos.

Refiere el autor que el orador que se pronuncie en sentido favorable a la norma analizada obtendrá por ello una

dignificación de su posición; es decir, optará por una buena forma de elogiarse a si mismo.

Esta “autodignificación indirecta” puede verse claramente en el contenido de los discursos políticos y con mayor ahínco en los debates parlamentarios que profesan la sanción de normas de dudosa constitucionalidad, dado que las mismas responden adecuada y tempestivamente a los reclamos sociales.

BIBLIOGRAFIA

BASOMBRIO, T. V, Tea, Buenos Aires, Argentina, 1996, p. 266 y ss.;

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

CHIAPINI, Julio, El delito de no justificación de enriquecimiento, en La Ley, 1986-C-853.

CREUS, Carlos, Derecho Penal Parte Especial, T. 2, Astrea, Buenos Aires, Argentina, 1998, p. 323; NUÑEZ, Ricardo, Tratado de Derecho Penal, Lerner, Córdoba, Argentina, 1978 p. 144;

DE LA FUENTE, Javier Esteban, ob. cit., p. 103.

DE LUCA , Javier y LOPEZ CASARIEGO, Julio, Enriquecimiento ilícito y Constitución Nacional , en La Ley, 2000- A – 249 y ss., febrero de 2000, entre otros.

DONNA, Edgardo Alberto, Derecho Penal Parte Especia., T. III, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, Argentina, 2001, p. 392.

FONTÁN BALESTRA, Carlos, Tratado de Derecho Penal, T. VII, Abeledo Perrot, Buenos Aires, Argentina, 1971, p. 323.

MILITELLO, Sergio A., “Enriquecimiento ilícito de funcionarios públicos”

NESTOR CONTI y MARIA FERNANDA, Monografía: “El delito de Enriquecimiento Ilícito y una profusa violación a las garantías y principios constitucionales (CP., 268 -2-)”

SANCINETTI, Marcelo, El delito de enriquecimiento ilícito de funcionarios públicos –art. 298 inc. 2º del CP. Un tipo penal violatorio del estado de derecho, Ad-Hoc, Buenos Aires, Argentina, 1994. Del mismo, El delito de enriquecimiento ilícito” Sobre la inconstitucionalidad del art. 268 (2) del Código Penal Argentino, en Derecho Penal Hoy, Del Puerto, Buenos Aires, Argentina, 1995, pp. 294/295; DONNA, Edgardo Alberto, Delitos contra la administración pública, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, Argentina, 2000, pp. 381/408;

SOLER, Sebastián, Derecho Penal Argentino, actualizado por Manuel Bayala La C.S.J.N. sobre la renuncia a las garantías constitucionales.(in re “Cabrera, Gerónimo Rafael y otro s/ Poder Ejecutivo Nacional —ley 25561 (RDLSS 2004-17-2003)— decretos 1570/2001 y 214/2002 s/amparo sobre ley 2556).

SPINA, María Gabriela, Convención Interamericana contra la corrupción. La Corrupción: un punto de inflexión para el cambio”, en R.A.P. de la Provincia de Buenos. Actualidad Jurídica Provincial y Municipal Bonaerense, constitucional, administrativo, ambiental, y tributaria, Marzo de 2004, Año 1, N° 12.

INDICE

Introducción.....	Pág.2
Art. 268 (2) C.P.....	Pág.4
Ubicación del tipo.....	Pág.6
Bien jurídico tutelado.....	Pág.8
Opiniones a favor y en contra de la constitucionalidad del Artículo 268, inciso 2, del Código Penal Argentino.....	Pág.10
La condición particular de funcionario público.....	Pág.10
La norma obliga a declarar a favor de si mismo.....	Pág.13
El Art. 36 Constitucional Nacional como legitimante del Art. 268 Inc. 2 del C.P.....	Pág.16
La convención Interamericana contra la corrupción (Ley 24.759).....	Pág.19
Argumentos en contra de la constitucionalidad.....	Pág.22
Principio de legalidad formal (C.N. Art. 19).....	Pág.25
Violación al principio de inocencia.....	Pág.29
Violación a la garantía de la no autoincriminación (Nemo Tentur).....	Pág.34
Posible reforma al Art. 268, Inc. 2 del Código Penal.....	Pág.39
Conclusión.....	Pág.43
Bibliografía.....	Pág.47
Indice.....	Pág.49