

Enriquecimiento ilícito de funcionarios públicos*

Por Sergio A. Militello

1. Particularidades de la figura penal

Una primera aproximación al problema, clara para quien conoce la discusión sobre el delito mencionado, es que lo que constituye una fácil afirmación desde el punto de vista sociológico (esto es, un concepto al que con habitualidad arribamos en nuestra sociedad) es, sin embargo, un *non sequitur* desde el punto de vista lógico procesal.

En efecto, si un funcionario público llegó al cargo con un patrimonio pequeño, y durante cierto tiempo percibió una remuneración por sus tareas que no alcanza para “justificar” (vamos a utilizar aquí el verbo empleado por la figura penal, aunque la expresión merezca reparos) un incremento patrimonial partiendo del que tenía cuando asumió el cargo, parece inevitable que “la sociedad” saltará a la conclusión de que seguramente se habrá enriquecido de modo ilícito¹.

Utilizamos, a su vez, la expresión “saltará” precisamente porque, como quedó dicho, desde el punto de vista lógico no hay una relación de necesidad en cuanto a antecedente y conclusión, es decir, no es forzoso concluir que dado A (incremento patrimonial desproporcionado con respecto a la remuneración) necesariamente deba ser B (conducta ilegítima).

2. Inconvenientes que plantea el artículo 268 del Código Penal

Debemos tener en cuenta que el único modo como el Estado puede aplicar una pena es en el caso de que haya comprobado una conducta típica; con esto queremos decir que no basta con que la conducta sea antijurídica, sino que además ella debe pertenecer a alguno de los tipos catalogados bajo el principio de *numerus clausus* que rigen en materia penal.

Perfectamente podría suceder, entonces, no sólo que el funcionario se hubiera enriquecido de modo lícito, sino incluso que se hubiera enriquecido de modo antijurídico pero no típico, si tenemos en cuenta que la conjunción de tipos penales vigentes muestran (“vistos en planta”, es decir, puestos sobre un plano y observados desde arriba) un sistema atomizado, con solución de continuidad entre una figura y otra.

Muchas de las críticas esgrimidas contra la figura encuentran fundamento en que la norma del art. 268 del Cód. Penal más parece una norma procesal que un delito, como si dijera: si la acusación prueba contra usted un incremento patrimonial desproporcionado respecto de sus ingresos, o bien usted prueba el origen del incremento o bien se le aplicará prisión. Por eso es que, en semejante escenario, una

* [Bibliografía recomendada.](#)

¹ Consideramos que en tal línea de pensamiento se enrolan las palabras iniciales de Ricardo Levene (h.) (*El delito de enriquecimiento ilícito de funcionarios públicos*, LL, 112-1095).

pregunta clave que debe responder quien defiende la constitucionalidad de la norma es ¿a tenor de qué delito?

Supongamos que en el marco de un proceso penal se ordena el allanamiento del domicilio de un funcionario público; allí se encuentra una importante suma de dinero injustificable a tenor de los ingresos del allanado, en cuya tenencia el funcionario “ingresó” por caso fortuito ¡pero de la que todavía no se había apropiado ni había, por el momento decidido apropiarse! (en rigor, la mera tenencia del dinero no significa que éste hubiera ingresado a su patrimonio). Asimismo, podemos suponer el caso en que el funcionario estaba cometiendo encubrimiento real a favor de un pariente de los que contempla la excusa, sin ánimo de lucro.

Estos ejemplos, como otros que se ensayan en doctrina, sólo persiguen demostrar que el mero enriquecimiento injustificado no implica la procedencia delictiva de los bienes.

Pero a este panorama cabe agregar, a nuestro juicio, el hecho de que la existencia de un grado alto de corrupción en la función pública de nuestro país conduce a que “se esperen” condenas judiciales que, dictadas, parecerán “justas” al menos desde el punto de vista externo (¿cabe decir “estético”?).

3. ¿Se explica de algún modo la norma?

Remedando la trilogía de Goldschmidt, parece claro que, desde el punto de vista social, la constitucionalidad de la figura gozaría de buen predicamento, así como también desde el punto de vista axiológico. Bajo esta óptica es que se explica la diferencia que el observador “siente” (recordemos que para Goldschmidt la justicia es un “sentimiento” racional) cuando se compara (como lo hace Sancinetti) el caso del funcionario público que no justifica su enriquecimiento con el del pobre que no justifica cómo obtuvo un televisor moderno y “de marca”, esto es, caro.

Cuando una persona es sorprendida con un objeto de valor tal que no es posible que haya adquirido con sus ingresos no se lo procesa por hurto (por ausencia hipotética de prueba directa), pero tampoco por encubrimiento (que en rigor tiene una pena mayor que la del hurto) es necesario probar el delito antecedente (sobre los modos de “purgar” la procedencia delictiva del objeto². Esto es lo que falta en el delito de enriquecimiento ilícito: cuál es el delito que se supone que el funcionario cometió. Más aun, si el delito antecedente estuviera acreditado, la figura del enriquecimiento no sería necesaria.

Creemos que la figura “sobrevive” porque goza, de hecho, de la conformidad de los miembros de la sociedad que intuyen algo bueno en ella, y consideran justas las eventuales condenas dictadas con base en el artículo en crisis. No parece descabellado ni irracional que en un ambiente político donde abunda, por ejemplo, el cohecho, se le pregunte a un funcionario público cómo es que incrementó “tanto” su patrimonio con respecto al que tenía al asumir el cargo y –si la diferencia no puede ser justificada en función de su remuneración– se espere que sea él quien pruebe el origen de la “diferencia”; de no ser así, la conclusión judicial condenatoria no refleja-

² Militello, Sergio, *Encubrimiento y lavado de dinero*, LL, 2000-D-1127.

rá ni más ni menos que una expectativa popular que, al menos en principio, se considera adecuada.

Las críticas aparecerán, por lo tanto, únicamente en el plano normativo. Queda pendiente, por supuesto, la cuestión relativa al peso que decida darse al concepto social de lo que significa “enriquecerse ilegítimamente” cuando se trata de un funcionario público. Sancinetti, por ejemplo, estima que se trata de un problema de equilibrio reflexivo donde por más que el común de las personas entienda que algo es correcto, serán las personas quienes deberán modificar el concepto si un experto demuestra que no lo es. Ello depende, como dijimos, del “peso” que se le reconozca a los dos aspectos del fenómeno jurídico ya señalado (el axiológico y el sociológico).

4. Argumentos a favor

a) ¿Delito autónomo?

Quienes defienden la constitucionalidad de la figura señalan, incluso, que se trata de un delito autónomo y no “de recogida”. El argumento puede reformularse así: no es que –al no poder probar alguno de los actos típicamente prohibidos– el Estado eche mano de una figura residual, “cuasi-probando” un delito por vía indirecta. Pero este argumento no es genuino ni sincero. Tomado por cierto, la norma funcionaría así: cuando el delito cometido por el funcionario es “pequeño” con respecto a su patrimonio o sus ingresos, el hecho requerirá prueba directa (es decir, la acreditación del hecho típico), mientras que cuando el delito no guarde proporción con el patrimonio del funcionario ni sus ingresos, entonces podrá el Estado recurrir al emplazamiento referido en el art. 268 del Cód. Penal.

Decimos que el argumento no es sincero porque lo más probable es que si el funcionario toma la decisión de delinquir “desde su función” con todos los riesgos que ello significa, es porque “el retorno” esperado es considerable con respecto a alguno de los dos parámetros que ya señalamos; no es razonable, en cambio, pensar que el funcionario mostrará inclinación para delinquir por el 1% de sus ingresos o de su patrimonio. En resumen, en la práctica la figura del art. 268 del Cód. Penal reemplazará, como regla general, a las otras.

b) ¿Delito de comisión activa?

Otro modo de encarar la cuestión por los autores es analizar si estamos ante un delito de comisión o de omisión. No faltan, por supuesto, quienes –como Núñez– lo consideran un delito complejo. No compartimos el criterio de Borinsky en el sentido de que el legislador no tiene por qué verse limitado por una clasificación doctrinaria, porque de lo que se trata es de entender en qué consiste el delito, que significa ni más ni menos que discernir qué es lo que está prohibido, necesidad impuesta al legislador por la Constitución nacional.

¿El delito se perfecciona con el enriquecimiento o con la omisión de justificar? Dicho en otras palabras: ¿consiste en no justificar un enriquecimiento o verificado éste la omisión de justificar configura algún elemento de la figura pero no la acción típica (v.gr., una condición objetiva de punibilidad)?

c) ¿Delito de omisión?

Para autores como Chiappini se trata de un delito de omisión. Afirma también este autor que el bien jurídico protegido sería la transparencia en la conducta de los funcionarios (el “principio de la mujer del César”)³, pero esta afirmación nos resulta problemática si tenemos en cuenta que el delito tiene prevista una pena mayor que los otros legislados en protección del mismo bien jurídico. En términos generales, es decir, más allá de cómo esté concebida la figura, un delito que atienda a la mera apariencia, se presenta como un delito formal, al menos en el sentido de que una conducta que “deje la impresión” de que pueda (tal vez, eventualmente) haberse cometido un delito, es claramente menos grave que la efectiva comprobación de que un delito se ha (digamos así) “materialmente” cometido, lo que no se compadece con la reacción estatal que señalamos, teniendo en cuenta la identidad de bienes lesionados.

No perdemos de vista que no sería el primer caso en que una norma penal prevé una pena mayor que la que el legislador hubiera dispuesto si no fuera porque se le escapó algún detalle: por ejemplo, si yo coloco a alguien con violencia en situación calamitosa y aprovecho para sustraerle un objeto, cometo robo, pero si no consiguen probarme que fui yo quien lo coloqué en tal situación sólo me condenarán por hurto calamitoso: ¡que tiene una pena mayor que la del robo! Pero en casos como el de este ejemplo puede tratarse de algo no querido por el legislador. No es ese el caso, en cambio, del delito de enriquecimiento: deliberadamente el legislador le asignó una pena mayor que los casos en los que se obtiene prueba directa de alguna otra figura del mismo capítulo.

d) ¿Condición objetiva?

Volviendo al tema de la “clase” a la que pertenece el delito, quienes como Fontán Balestra sostienen que el mismo consiste en enriquecerse, y que no justificar es una condición de punibilidad no resuelven el problema que implica tal afirmación: es como decir que el delito consiste en matar y la inexistencia de legítima defensa es una condición objetiva de punibilidad. Vale la comparación puesto que la justificación del enriquecimiento transforma en lícita la conducta del funcionario operando del mismo modo que la causal de justificación que mencionamos en el caso del homicidio. La inexistencia de justificación nunca puede ser una condición objetiva de punibilidad como tampoco pueden serlo la inexistencia de inimputabilidad o culpabilidad, pues ya constituyen elementos propios de todo delito.

e) ¿Ilícitud presumida?

Cabría, entonces, preguntarse si no nos hallamos ante uno de aquellos casos en los que la figura penal menciona el elemento ilícitud de modo teóricamente redundante. El homicidio, para merecer pena, debe consistir en un matar antijurídico; sin embargo, el art. 79 no lo dice. El hurto, para merecer pena, debe consistir en un apoderamiento ilegítimo; sin embargo, el art. 164, sí lo dice. ¿Por qué? ¿Cuál es la diferencia?

³ “La mujer del César no sólo debe ser honesta sino parecerlo”.

Nuestro concepto es que cuando es posible inferir la ilegitimidad a partir del verbo típico, la expresa alusión a la antijuridicidad se vuelve innecesaria. Ello depende en gran medida de una cuestión que puede considerarse a veces “cuantitativa” a veces “cualitativa”, veamos: ¿Es habitual matar? ¿Es normal apoderarse de objetos? Cuando el verbo típico describe una conducta frecuente o normalmente lícita, el requisito de ilicitud (aunque teóricamente pueda resultar innecesario) aparece reforzado en la descripción legislativa a la manera de un pleonismo, pero ello no resulta necesario cuando la descripción que cumple el verbo típico se refiere ya de por sí a una acción considerada disvaliosa.

En el caso del enriquecimiento de un funcionario, cabe preguntarse: general o normalmente ¿enriquecerse es legítimo? La respuesta afirmativa se impone: enriquecerse no puede ser por regla ilícito en una sociedad que consagra constitucionalmente libertades de contenido económico.

Cuando la figura penal bajo análisis requiere que el enriquecimiento no sea justificado ¿no estará acaso ocurriendo en la descripción del delito lo mismo que ocurre cada vez que el verbo típico menciona una acción habitual o normalmente lícita? Claro está que no basta con suponer que sí para despejar todos los problemas que plantea la figura: subsiste el problema de que pone la justificación del origen de los bienes en cabeza del imputado.

5. Rasgos procesales de la norma

Encontramos aquí otro elemento de la figura de carácter aparentemente procesal. Antes nos habíamos situado en una posición tal que nos permitiera ver a la norma como una disposición probatoria que prescribe que en caso de no acreditar el funcionario el origen del enriquecimiento, se presumirá que su procedencia es delictiva (esto es, típica en alguna de las formas que prevé la legislación penal); allí señalamos que el criterio tropieza con un doble inconveniente: el origen puede ser lícito o incluso puede ser ilegítimo pero atípico.

Ahora estamos adoptando una postura parecida pero distinta: en defecto de prueba, se presume que se trata de un enriquecimiento ilegítimo (conducta ésta que se erigiría como aquella en la que consiste finalmente el delito).

Surge, entonces, el interrogante: ¿es posible que se incluyan normas procesales en el Código de fondo?

La Corte Suprema de Justicia de la Nación tiene resuelto que ello es posible cuando las normas procesales hacen a la esencia del instituto (léase: institución) de fondo que regulan.

Pero aquí la cuestión central no es que haga o no al “funcionamiento” del delito consagrado sino a la otra cuestión ya mencionada y referente al *non sequitur* que supone sostener que si el funcionario no prueba el origen del enriquecimiento cabe presumir que el mismo es ilícito. Si el origen es ilegítimo pero no típico ¿estaremos consagrando un delito sin tipicidad? ¿Es válido afirmar que los funcionarios públicos tienen prohibido enriquecerse de modo antijurídico? Ah! ¿Y además, que ellos tienen la carga de la prueba?

6. ¿Se omite lo imposible?

Para quienes se trata de un delito de omisión, se presenta un inconveniente bien señalado por Sancinetti. No puede decirse que “omite” (en sentido técnico penal) justificar quien “no puede” justificar puesto que el delito de omisión presupone que se omite una conducta que el sujeto activo sí puede realizar.

El planteo nos recuerda al caso “Lacivita”⁴. El nombrado era un empleado público que sólo por una cuestión de *status* social, al ingresar a su empleo falsificó documentación con la que “acreditó” haber finalizado sus estudios secundarios. Tal título no era condición para ser contratado ni influyó en modo alguno en la decisión de incorporarlo. Lacivita sólo lo hizo porque le pareció que un título secundario lo presentaba mejor en el nuevo grupo. Años después un decreto del Poder Ejecutivo dispuso una mejora salarial para quienes ocuparan ciertos cargos (como el de Lacivita, por ejemplo) y tuvieran sus estudios secundarios completos. ¿Qué debía hacer Lacivita? Si callaba cometía estafa por omisión (¿o no?), y si reconocía no haber terminado sus estudios secundarios confesaba haber cometido falsificación de documentos al ingresar. Agreguemos que en aquella oportunidad se discutió también si influía de algún modo el hecho de que se hubiera operado la prescripción de la acción penal respecto del primer delito. Digamos que el tribunal lo condenó; nuestra opinión es que Lacivita debía romper el silencio bajo apercibimiento de cometer estafa por omisión. Si la acción penal por falsificación de instrumento cometida al ingresar al cargo estaba prescripta no había, entonces, riesgo (al menos penal) alguno para el procesado. Si la mencionada acción no estaba prescripta, no podría a nuestro juicio instruirse sumario penal a partir de la confesión en cuestión, toda vez que la misma había sido obtenida por imposición legal.

Ahora bien, lo mismo ocurre con el delito que analizamos. Si la ley obligara al funcionario a “justificar” el origen del enriquecimiento bajo apercibimiento de prisión, no podría condenarlo luego si confesara el verdadero origen aunque el mismo fuera delictivo. Este escenario lleva a considerar ocho hipótesis posibles que se dan cuando el funcionario indagado confiesa, a saber:

a) En el primer grupo incluimos los casos en que el funcionario imputado a tenor del art. 268 del Cód. Penal confiesa un delito en perjuicio de la Administración pública, esto es, admite que ese es el verdadero origen del enriquecimiento. Las alternativas son:

1) El concurso material es una posibilidad admitida por Chiappini, que más adelante reconoce que la conclusión “no cierra”, pero le falta (además de advertir que el bien jurídico protegido coincide) agregar que si en el proceso comenzó investigándose un delito más grave (al menos a estar a la pena prevista para la figura) y el indagado confiesa otro menor, el proceso debería continuar como si se tratara de un acto de defensa, con un escenario de este tipo: el encartado intentando probar que cometió un delito (en particular, supuestamente menos grave) y el fiscal esmerándose por probar que no lo cometió. Por otro lado, tampoco advierte el autor citado que el sujeto activo cometió un delito y –mediante el acto de emplazamiento– el Estado lo llevó a cometer otro sin que el indagado haya hecho nada más.

⁴ CNCrimCorr, Sala VI, 9/2/79, “Lacivita, H. c/A.”, *BCNCC*, 1979, I, 5, sum. 2091; *RepLL*, 1979-674, sum. 10.

2) Otra posibilidad es condenar al autor sólo por el delito confesado. Así planteada la cuestión surge meridianamente que la finalidad del delito es precisamente aquella que se le reprocha, por estar vedado constitucionalmente: forzar al autor a que confiese.

3) La tercera posibilidad es sostener que “justificar” significa señalar el origen legítimo del enriquecimiento. Ello conduce a la conclusión de que si el funcionario confiesa un delito en concreto cabría procesarlo por enriquecimiento ilícito (para distinguir este caso del señalado en el ap. 1, debemos decir *sólo* por enriquecimiento). También aquí es absurda la conclusión: si el Estado no pudo probar el delito cometido sólo tiene que emplazar al funcionario y con ello habrá acreditado un delito más grave aun.

4) Por supuesto, la cuarta “posibilidad” (al menos desde el punto de vista aritmético) es sostener (si cabe) que en caso de que el funcionario señale el origen del enriquecimiento, como “justificar” quiere decir “explicar” entonces el funcionario no puede ser procesado por enriquecimiento ilícito. Pero tampoco podría ser procesado por el delito confesado en virtud de los fundamentos que expusimos al comentar el caso “Lacivita”. Si tal solución fuera correcta, la figura penal no tendría razón de ser, pues cuando el funcionario muestra un origen legal y socialmente lícito, no hay consecuencias penales, pero cuando ocurre lo contrario la solución legal es la misma. Claramente la figura no estaría cumpliendo ninguna función.

b) En el segundo grupo incluimos los casos en los que el funcionario confiesa un delito que no afecta a la Administración pública.

1) Si no se lo procesa por ninguno de ambos delitos, se produce el mismo problema que el señalado en la hipótesis del ap. 1 del punto a.

2) Si se lo procesa por el delito confesado tenemos el problema que señalamos al comentar el caso “Lacivita”.

3) Si se lo procesa por ambos delitos en concurso real obtendríamos la consecuencia señalada en la hipótesis del ap. 1 del punto a, mediante el mero acto de emplazamiento el Estado habría logrado que quien cometió un delito pase ahora a cometer otro sin hacer nada (y sin poder evitarlo pues le es legalmente imposible actuar sin autoincriminarse).

4) Por fin, queda por “ensayar” un procesamiento por enriquecimiento ilícito cuando el funcionario señala que su incremento patrimonial proviene de un delito en el que no fue víctima la Administración pública sino, digamos, un particular. Claramente ello no es posible pues el bien jurídico protegido por la figura no se habría visto lesionado. Desde el punto de vista del art. 268 del Cód. Penal el indagado despejó la lesión al capítulo pertinente, si la conducta típica fue otra no cabe aplicar la sanción prevista para una hipótesis delictiva diferente.

Desbrozada así la cuestión, parece claro a nuestro juicio que ora se viola la garantía constitucional ora la misma sólo funciona a favor de los inocentes.

7. La “actio libera in causæ”

En un implícito intento por sortear el escollo que significa la eventualidad de que, al indagárselo a tenor del art. 268 del Cód. Penal el funcionario confiese un deli-

to previsto en otro capítulo del Código sustantivo, se ha sostenido que quien comete el delito antecedente se encuentra en la imposibilidad de justificar, pero tal imposibilidad se rige por la doctrina de la *actio libera in causæ*. En efecto, conociendo el funcionario desde que asume el cargo la posibilidad de ser emplazado a justificar sus incrementos patrimoniales, si él elige aumentar su activo o disminuir su pasivo mediante la comisión de delito, allí es libre en su elección, es en ese momento cuando cabe predicar libertad en su conducta y sólo a él le sería reprochable la imposibilidad sobreviniente de justificar⁵.

A nuestro juicio la solución propuesta es inadecuada. La teoría de la *actio libera in causæ* es una creación doctrinaria⁶ favorablemente acogida por la jurisprudencia, pero no puede aspirar a más que un fundamento legal. La doctrina que ahora comentamos pretende dar solución a aquellos casos en los que la imputabilidad o la culpabilidad no se hallan presentes al momento de la acción tal como lo requiere el art. 34 del Cód. Penal. Se trata de un concepto general de rango legislativo. El derecho a no autoincriminarse, en cambio, goza de rango constitucional y está previsto tanto a favor de los inocentes como de los culpables. Es como si la ley dijera: “usted debe justificar el origen de los bienes que adquiera desde el momento en que acceda a la función pública”, pero la Constitución agregara: “salvo que los mismos provinieran de la comisión de un delito (en cuyo caso usted no está obligado a declarar en su contra)”.

Es curioso que algunos autores sitúen el emplazamiento en sede administrativa intentando de ese modo sortear el obstáculo. En efecto, si la hipótesis es que el origen de los bienes que constituyen el incremento patrimonial en cuestión es delictivo, de nada sirve decir que si el juez emplaza al funcionario a justificar el origen, entonces el emplazado puede guardar silencio, pero mediante el mero recurso de poner el emplazamiento en cabeza de un órgano del Poder Ejecutivo, por ejemplo, ora el funcionario confiesa ora comete un delito. La garantía constitucional que habilita a los habitantes de la Nación a no declarar en su contra cuando hacerlo puede someterlos a proceso criminal los sigue a cualquier sede que vayan.

Por esta razón consideramos incorrecto sostener –como lo hace Borinsky– que la solución viene dada por el hecho de que la figura responde a un compromiso internacional asumido por el Estado argentino que goza de jerarquía superior al Código Penal. Lo que se sostiene es que la disposición del Código es contraria a la Constitución nacional, que es, a su vez, de jerarquía superior a la Convención Interamericana; por ello la comparación debe hacerse entre la Convención y el Código Penal por un lado y la Constitución nacional por otro (comparar al Código con la Convención no tiene sentido como cuestión de jerarquía, y tampoco como cuestión de contenido pues ambos señalan en igual sentido).

Si el Estado pretende ir más allá y condenar al funcionario penalmente, debe probar una conducta típicamente antijurídica y culpable, por ello también es desafortunada la expresión de Borinsky, en el sentido de que si el origen del enriquecimiento es o no delictivo “a la ley esto no le importa” (si se trata de un delito y no se lo

⁵ Esta postura es sostenida, *inter alia*, por Borinsky, *Sobre la constitucionalidad del llamado “delito de enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados”*.

⁶ Soler, Sebastián, *Derecho penal argentino*, t. 2, 4ª ed., Bs. As., TEA, 1987, p. 56.

puede probar); precisamente en eso consiste la función estatal en estos casos: probar que se ha cometido un delito.

8. ¿Alcanza con reducir la pena?

De allí que tampoco sea válido afirmar, como sostiene el mismo autor, que si la pena resulta exagerada la inconstitucionalidad sólo afectaría a la sanción sin arrastrar consigo a la figura delictiva: el problema es que el Estado presume un delito más leve y aplica una pena mayor, salvo que el funcionario confiese. La pena prevista funciona aquí como elemento para interpretar la figura (es utilizada para ver si por esa vía se logra comprender en qué consiste el delito, lo que hasta el momento no se logra pues no se advierte como se arriba a una pena mayor si aún no se ha comprobado ninguna acción típica).

9. ¿Se ven interesadas las garantías constitucionales?

Con respecto a este punto se ha respondido negativamente con el argumento de que el imputado no está obligado a prestar declaración indagatoria, siendo suficiente que presente pruebas que demuestren el origen lícito del enriquecimiento. Por supuesto, el argumento es falaz, pues la garantía constitucional de presunción de inocencia implica que al acusado no puede obligársele a rendir prueba de descargo.

10. ¿Se “debilitan” las garantías constitucionales?

Un argumento también ensayado con la finalidad de proteger la constitucionalidad del delito es aquel que sostiene que en el caso particular del enriquecimiento ilícito las garantías constitucionales (como por ejemplo, la de defensa en juicio o la de no autoincriminación) se ven restringidas o “debilitadas” con fundamento en el agregado al art. 36 de la Const. nacional.

Esta disposición constitucional, al referirse a “grave delito doloso que conlleve enriquecimiento” estaría elevando este ilícito contra el Estado a un nivel tan alto (de rango constitucional) que, al ponerlo como mínimo en un pie de igualdad con las demás disposiciones constitucionales implicaría que éstas resultarían “modeladas” y en parte condicionadas o modificadas por el artículo nuevo⁷. En la misma línea de pensamiento se agrega el argumento de que si al asumir el cargo el funcionario debe presentar una declaración jurada, “es por y para algo”.

Desde luego, el hecho de que se transparente el patrimonio del funcionario al momento de asumir el cargo no significa que ello sea para invertir la carga de la prueba. Mucho menos que las disposiciones de la ley de ética pública puedan tener por efecto modificar cláusulas constitucionales.

Pero más interesante resulta, a nuestro juicio, la discusión referente a si el art. 36 modifica el alcance de la garantía de debido proceso y no autoincriminación.

⁷ Ver, por ejemplo, CNCasPen, Sala I, 8/5/00, “Pico, José M. y otra”, LL, 2001-D-252.

En primer lugar, cabe recordar que en la declaración de necesidad de reforma constitucional se dispuso que la Convención Constituyente no podía afectar la parte dogmática de la Constitución, lo que basta para sostener que la inclusión de los artículos nuevos no puede tener el efecto de limitar disposiciones anteriores.

Pero por otro lado, como cuestión de fondo, nadie sostenía antes de la reforma que en el caso de infame delito de traición a la Patria la garantía de debido proceso se viera limitada. Ahora bien, el delito de traición es claramente más grave que el de enriquecimiento.

La traición es un delito al que la Constitución le reconoce igual gravedad que el de ruptura del orden constitucional. Este es un delito violento, que da lugar a inhabilitación absoluta y perpetua sin posibilidad de indulto o conmutación. El delito de enriquecimiento no es un delito violento, sólo da lugar a inhabilitación por el tiempo que la ley disponga y sí puede ser indultada o conmutada la pena. En suma, el texto actual no podría restringir las garantías constitucionales tal como existían antes de la reforma *ni siquiera* en caso de traición a la Patria (pues tal límite fue impuesto al Poder Constituyente derivado por la declaración de necesidad de reforma), y *a posteriori*, si no pudo hacerlo en el caso de un delito más grave mal pudo haberlo hecho en el caso de un delito comparativamente menor.

11. De las garantías renunciables

Queda claro que la figura crea serios problemas constitucionales, de lo que podemos arrimar una muestra más: ni siquiera quienes sostienen de modo más firme la constitucionalidad de la figura dejan de agregar (por las dudas) el argumento de que aunque se vieran afectadas garantías constitucionales las mismas son renunciables, y ello es lo que ocurre cuando el funcionario asume el cargo: renuncia al derecho a no declarar contra sí mismo (léase: “llegado el caso” del art. 268 del Cód. Penal).

Consideramos que no cabe afirmar, sin más, que las garantías constitucionales son renunciables, sino que en determinadas condiciones ellas padecen restricciones o limitaciones. Como ejemplos “de derecho” tenemos el supuesto de declaración de estado de sitio, e incluso cabe sostener que en caso de declaración de guerra (aunque no se agregue a él la formal declaración de estado de sitio) precisamente el principio de presunción de inocencia puede virtualmente dejar de funcionar.

Fuera de las decisiones jurídico-políticas que acabamos de mencionar (la declaración de guerra, el estado de sitio, es decir, decisiones políticas con fuertes efectos en el plano jurídico) existen también circunstancias de hecho que delinear el alcance de las garantías constitucionales, incluido el derecho a no autoincriminarse.

En el ejemplo que da Borinsky (detectores, filmadores) en el régimen laboral, si bien se admite una restricción a la privacidad, continúa siendo válido afirmar que una empleada, al retirarse de su lugar de trabajo, debe –en todo caso– ser palpada por personal femenino.

Las garantías constitucionales no desaparecen; se ven limitadas mas no sólo por decisiones políticas y normas, sino también por circunstancias de hecho.

12. Norma jurídica y norma social

Consideramos que lo crucial es qué valor se le reconoce a una realidad empírica (valga el pleonasma), cual es el hecho de que, hoy por hoy, muchos funcionarios públicos se enriquecen “descaradamente” aprovechándose no sólo de la ocasión que les da su cargo público, sino incluso tomando ventaja del poder mismo que le otorga ese cargo para lograr la impunidad.

Todo ello hace que la expectativa natural de los ciudadanos sea que “esos casos” terminen en una condena que se considerará “justa”.

Así, como dijimos al principio, dos de las tres patas de la trilogía de Goldschmidt apuntan hacia la constitucionalidad de la figura.

En ese marco, la norma del art. 268 del Cód. Penal cumple, a nuestro juicio, una función procedimental: hoy por hoy, cabe presumir que el funcionario que muestra un incremento patrimonial “apreciable”, que no puede explicarse en función de sus ingresos ni del patrimonio declarado al asumir el cargo, se ha enriquecido ilegítimamente, más aun, mediante la comisión de un delito (salvo que él pruebe lo contrario).

El estándar tiene el valor (sea éste constitucional o no) de una norma probatoria. La pregunta que surge conjuntamente con la del problema constitucional, es: ¿resulta descabellada la conclusión?, ¿alcanza para fundar una sentencia condenatoria?

La respuesta, a nuestro juicio, es que en la medida en que la así llamada “corrupción política” ha tomado dimensión social (esto es) no se verifica como un hecho aislado, el fenómeno es tratado como los hechos de causación social.

En materia de causación individual, la necesidad de imputación causal del daño se rige por las teorías conocidas (*conditio sine qua non*, causa eficiente, causa próxima, causa adecuada, etc.). Pero aun en estos casos a veces ocurre que la causalidad no puede demostrarse de modo absoluto sino sólo probabilístico, como sucede con los delitos de resultado causados por omisión. Es imposible afirmar como verdad absoluta que la realización del acto debido por el sujeto activo habría, sin lugar a dudas y en todos los casos, evitado el resultado. La estadística en estos casos juega un papel muy importante; si en una inyección se incluye una burbuja de aire y luego de administrársela al paciente éste muere de un paro cardíaco, es una afirmación estocástica decir que el paciente falleció (o tiene que haber fallecido) porque la burbuja de aire llegó al corazón.

Por supuesto, en el caso del enriquecimiento ilícito la actividad del Estado no puede quedar en el mero emplazamiento; para evitar la correcta crítica de Sancinetti: la presunción debe ser “redondeada” mediante una conclusión, a la que sólo cabe arribar agregando, por el fiscal, la pertinente actividad probatoria.

Todo esto es importante, según nuestro criterio, en el caso del delito que analizamos. El mismo ha cobrado dimensión social, y en los fenómenos de causación social vale afirmar que si el 90% de los accidentes de tránsito ocurren durante la noche, la oscuridad es causa de accidentes de tránsito (esto es, la afirmación es verdadera, independientemente de la causa en cada caso concreto).

13. La norma sobrevive

Nuestra conclusión es que la “constitucionalidad” de que viene gozando la norma no resulta de argumentos puramente normativos. En este caso se conjugan factores sociales (el hartazgo de la sociedad víctima de despojos frecuentes, a veces generalizados y otras veces sistemáticos), la *opinio iuris* (como cuestión valorativa) de que en tales casos la condena judicial se presenta como justa, aunque resulte necesario arribar a ella recorriendo un camino menos ortodoxo y la dimensión social que ha cobrado la venalidad de los funcionarios que lleva a que la relación de causalidad (en el caso, autoría de una conducta típica es decir, relación entre un acto realizado por el funcionario y su incremento patrimonial como resultado, con el consiguiente perjuicio para la Administración pública) sea analizada no como un fenómeno de causación individual (donde se requiere la prueba directa de la autoría) sino como si se tratara de la causación de un daño social (como si se cobrara una suma a cada automovilista destinada a indemnizar a las víctimas de quienes atropellan y huyen sin poder ser individualizados: para que ello fuera considerado razonable, es un requisito, entre otros, que los casos de huida fueran generalizados).

A nuestro juicio se conjugan estos factores y contribuyen a que la norma, viciada *ab initio*, termine –en la práctica– pasando el *test* de constitucionalidad.

Puede parecer que los factores enunciados no tengan mayor influencia; sin embargo, insistimos en nuestro parecer. Si la venalidad de funcionarios fuera una rara *avis* del sistema, el Estado no necesitaría una figura como la del art. 268 del Cód. Penal. Si los funcionarios no aprovecharan la impunidad que muchas veces les confiere su situación de poder (sin olvidar el alto grado de ocultamiento que naturalmente acompaña a las conductas en cuestión), las acciones típicas sospechadas requerirían prueba directa, como en los demás casos. Si la sociedad considerara injusta una sentencia fundada en tal procedimiento, ello unido a las fundadas críticas que se han hecho a la norma, conducirían a que se declare su inconstitucionalidad.

14. Importancia de la “verdad social”

No es correcto pensar que la realidad social en nada influye, tómesese como ejemplo el caso del divorcio vincular. ¿Cuántos años del régimen de la ley de matrimonio civil transcurrieron hasta que la Corte declaró la inconstitucionalidad de la prohibición de volver a casarse? ¿Qué norma cambió en el íterin? Lo único que cambió fue el concepto social de la condición de divorciado.

En nuestro caso, la validez constitucional del artículo que venimos analizando se apoya –entre otras cosas, como señalamos– en el estado permanente de sospecha (“social”) que afecta a nuestros funcionarios públicos. Lo que tiene que cambiar aquí para que la sociedad admita la inconstitucionalidad de la norma penal *sub examine* es el concepto de “sospechoso” que afecta a muchos funcionarios públicos argentinos.

La sociedad analiza el problema no como una conducta individual que deba acreditarse mediante prueba directa, sino como un fenómeno que ha adquirido una dimensión social tal que justifica prohibirle al funcionario enriquecerse. Lo que la sociedad le dice al funcionario es: al asumir el cargo, usted debe cumplir con una de-

claración jurada de bienes; mientras ejerza una función pública, usted tiene prohibido enriquecerse. Si lo hace, mas su enriquecimiento guarda proporcionalidad con sus ingresos, nada ocurrirá, pero si dicha proporcionalidad no se verifica, ello bastará para que usted deba justificar la procedencia de la mejora patrimonial, de lo contrario irá a prisión.

Como todo este razonamiento es aceptado por la sociedad, se admite la condena así fundada pues se considera implícitamente que el razonamiento respeta las demostraciones de causación social, y desde tal punto de vista no se muestra como descabellada.

15. Delito “in fraganti”

Por ello es que la comprobación del enriquecimiento mediante el recurso de comparar el patrimonio “actual” con el que tenía el funcionario al asumir es considerado delito *in fraganti*.

Esta formulación es, en realidad, incorrecta. Si el delito consiste en enriquecerse (es decir, si enriquecerse es lo prohibido) no cabe duda que el delito es instantáneo y se consume con el ingreso del bien al activo o la cancelación del pasivo, momento a partir del cual comenzaría a correr el curso de la prescripción de la acción penal (sin perjuicio de su suspensión mientras el funcionario permanezca en el cargo). Dicho elemento señala también el momento hasta el cual es posible la participación criminal.

El enriquecimiento, entonces, se habría verificado en un punto en el tiempo, por lo que no se trataría de un estado permanente. Si esto es correcto, la comprobación del estado de “enriquecido” no significa entonces una comprobación *in fraganti*, del mismo modo que las ayudas de terceros posteriores al acto de enriquecimiento tendientes a disimularlo (excepto las que configuren actos de codelinencia) serían típicos de encubrimiento y no de participación criminal.

Tomemos el caso del funcionario que recibe un inmueble como dádiva, tiempo después lo vende y con el dinero realiza un viaje en el que consume todo el resultado de la venta. El enriquecimiento ya se verificó, traspasó y fue consumido. La colaboración posterior del tercero configuraría encubrimiento. Por más que la prescripción de la acción no haya comenzado a correr, ello no obsta a que la comprobación posterior no significa una sorpresa *in fraganti*, del mismo modo que no lo es comprobar años después (mientras el funcionario permanece en su cargo) que el bien continúa (variando el ejemplo) en cabeza del sujeto activo.

La afirmación de que la comprobación (es decir, la observación de la diferencia patrimonial que ilustra el enriquecimiento, hipotéticamente desproporcionado en función de los ingresos conocidos) es una constatación *in fraganti* no es un enunciado lógicamente correcto; sólo refleja lo que la sociedad siente, piensa o intuye. Sin embargo, esta “verdad social” no es para nada despreciable. Cuando Sancinetti afirma que si el común de las personas cree que es correcto decir “cerca nuestro” cuando en realidad lo correcto es decir “cerca de nosotros” parte implícitamente de que exis-

te una verdad (digamos así, “lógica”) externa respecto de lo que es creencia o conocimiento popular. Esta afirmación es válida respecto del lenguaje⁸.

¿Qué parámetro es válido tomar en materia de derecho? ¿Podemos decir: es inconstitucional sólo aquello que “la Corte” dice que lo es? Pero en ese caso no podemos saber cuál es la verdad hasta que la Corte se pronuncie sobre el punto (las consecuencias lógicas son otras más, v.gr., la posibilidad de un cambio de jurisprudencia de la Corte demostraría que virtualmente no hay verdad en la materia), mientras tanto nos hallaríamos ante una laguna en el sentido de Hart. Un concepto organicista material de lo que pudiera ser la verdad jurídica (a la manera de Feuerbach) llevaría a pensar lo contrario: la convicción generalizada de que es “constitucional” que el Congreso prohíba a los divorciados volver a casarse legitima la norma, mientras que el cambio en la creencia popular generalizada va enrareciéndola hasta invalidarla. ¿Se puede comparar el acierto gramatical con la verdad legal?

16. Conclusiones

A modo de colofón, reiteramos lo que creemos que se advierte a través de la lectura de los distintos textos referentes a la cuestión de la constitucionalidad o no de la figura del art. 268 del Cód. Penal:

a) Desde el punto de vista “puramente” normativo, la figura es inconstitucional, por las razones ya señaladas en doctrina.

b) Sin embargo, 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 un punto tal que toma 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 popular generalizada de que –en el marco susodicho– las condenas a funcionarios públicos en las condiciones del art. 268 del Cód. Penal son “justas”;

4) una relación razonable entre el antecedente tomado en cuenta por la norma (enriquecimiento desproporcionado) y su consecuencia (origen delictivo), apreciada con criterio de causación social, con fundamento en las estadísticas y las probabilidades, aunque no responda en pureza a los modos de demostración propios de la causación individual, y

5) la posibilidad material (aunque la jurídica se encuentre ausente) para el funcionario imputado de probar su inocencia.

© Editorial Astrea, 2003. Todos los derechos reservados.

⁸ Nótese incluso que sólo lo es respecto de la lengua española donde existe una autoridad como la Real Academia Española que dice: “esto está bien dicho, esto otro no”. En otros idiomas como el inglés no existe tal autoridad y el uso popular del lenguaje tiene una importancia mucho mayor.