

# EL DELITO DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO DE FUNCIONARIO Y EMPLEADO PÚBLICO COMO DELITO DE SOSPECHA. PROBLEMAS CONSTITUCIONALES

Ramón Luis González<sup>1</sup>

## Introducción

El art. 268 (2) del CP castiga el delito de enriquecimiento ilícito de funcionario y empleado público, del siguiente modo:

*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 y hasta dos años después de haber cesado en su desempeño.*

El delito se conmina con una pena conjunta: prisión de 2 a 6 años, multa del 50 % del valor del enriquecimiento e inhabilitación absoluta perpetua.

El delito ha sido objeto de cuestionamientos desde el punto de vista constitucional. En la doctrina, es célebre un artículo del profesor de la Universidad de Buenos Aires, Marcelo A. Sancinetti, quien centró sus críticas en tres órdenes de argumentos: a) no respeta el principio de legalidad ni el Derecho Penal de acto; b) viola el principio de inocencia; c) desconoce el principio “*nemo tenetur*” (“*nemo tenetur se ipsum prodere*”).<sup>2</sup>

La discusión sobre estos argumentos y su tratamiento por la jurisprudencia, resultan de interés para la discusión de un Seminario sobre ética y función pública, en la medida en que pone en cuestión los medios o instrumentos (el Derecho objetivo, en parte, no es más que un instrumento de técnica social para regular conductas) para el logro de un objetivo cuya persecución por parte del Estado está fuera de discusión: la transparencia y rectitud en la función pública.

<sup>1</sup> Prof. Titular de Derecho Penal I, Cátedra C, Fac. de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas de la UNNE.

<sup>2</sup> Sancinetti, M. A. (1999). “El delito de enriquecimiento ilícito de funcionario público”. En: *El Derecho Penal Hoy. Libro de Homenaje al Prof. David Baigún*. Buenos Aires, Ed. del Puerto, pp. 289-315.

## Argumentos dados por la doctrina para la introducción de la figura de enriquecimiento ilícito

La figura de enriquecimiento ilícito fue introducida en la legislación argentina por Ley N° 16648 durante el Gobierno del Presidente Illia, por encargo que éste hizo al jurista de Córdoba Ricardo Núñez, quien se inspiró en el Proyecto presentado por Sebastián Soler en 1960 (que no tuvo sanción).<sup>3</sup>

Soler pretendió justificar la inclusión de la figura con el argumento de que era necesario crear una figura que facilitara la prueba de los hechos concretos. Pero ocurre que si tales “hechos concretos” como serían una concusión, un peculado, unas negociaciones incompatibles, no puede probarse con precisión, no es posible basar una condena que requiere certeza.

Por otra parte, tales hechos concretos siquiera figuran mencionados en el tipo penal. Dado que enriquecerse no es una acción, sino el resultado de dicha acción (un estado de cosas: aumento del activo o disminución del pasivo) falta entonces la precisión en torno a la conducta prohibida. Ello pone en crisis el sub principio de la “*lex certa*”, derivado del principio de legalidad (art. 18, CN; 9, CADH); como asimismo el sub principio “*nullum crimen sine actione*”; derivado del principio de culpabilidad.

Se pretendió salvar esta indeterminación del hecho con el argumento de la similitud que existe con la tenencia de la *res furtiva* en relación al delito de hurto. Pero a diferencia de éste último, la tenencia de la cosa hurtada funciona como indicio de un delito concreto: el hurto. Por el contrario, el “enriquecimiento” es un indicio que no remite a un delito específico sino que puede originarse en cualquier delito.

Por su parte, Ricardo Núñez intentó resolver estos problemas creando un tipo de omisión. Es decir, entendiendo que el delito consiste en no justificar el enriquecimiento patrimonial. En otras palabras, el funcionario se tomaría a partir de la asunción del cargo en “garante” sobre el que pesa el deber de justificar el enriquecimiento patrimonial. Si *no lo hace* incurre en el delito.

Ahora bien observa Sancinetti con razón, que concebir a la figura de ese modo plantea objeciones serias. En primer lugar, si bien es cierto que puede justificarse un deber general de informar al Estado, ese deber puede regir para todos menos para el acusado de un delito: si a él se lo obliga a informar podría

<sup>3</sup> Sobre los antecedentes de la norma: Sancinetti, op.cit., pp. 290-291.

obligárselo a confesar un delito (prohibición de obligar a la autoincriminación, art. 18, CN; principio *nemo tenetur*, o *nemo tenetur se ipsum prodere*, nadie está obligado a dar armas a su enemigo, a autoincriminarse).

Esto plantea además otra cuestión y es la siguiente: ¿puede el funcionario público renunciar a una garantía constitucional como la prohibición de autoincriminación, por el sólo hecho de asumir un cargo público?

Por lo demás, entender la figura de enriquecimiento como una figura de omisión, no resuelve el problema de la indeterminación del hecho.

### **Compromisos internacionales y de derecho interno que obligan a introducir específicamente la figura de enriquecimiento ilícito**

La Argentina ha suscripto una serie de compromisos internacionales que obligan a establecer específicamente una figura que castigue el enriquecimiento ilícito.

Entre ellas se encuentra, por ejemplo, la Convención Interamericana contra la Corrupción, cuyo art. IX reza:

#### ***Enriquecimiento ilícito***

*Con sujeción a su Constitución y a los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, los Estados Partes 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 Partes que hayan tipificado el delito de enriquecimiento ilícito, 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 previstas en esta Convención, en relación con este delito, en la medida en que sus leyes lo permitan.*

Por su parte, el art. 20 de la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción obliga a los Estados parte a adoptar medidas para erradicar el enriquecimiento ilícito de funcionarios públicos.

En el orden interno, la Constitución Nacional reformada en el año 1994, dejó claramente expresado en su art. 36 que la corrupción socaba las bases democráticas de un Estado. En consonancia con ello, se sancionó una Ley de Ética Pública N° 25198 (B. O.).

Finalmente, cabe consignar que el delito de enriquecimiento ilícito de funcionario público se ha mantenido, con la misma estructura típica del art. 268 (2), en los Anteproyectos de reforma al Código Penal de los años 2006 y 2014.

### **Decisiones de los tribunales superiores de instancia (Corte Suprema de Justicia y Cámara Nacional de Casación Penal)**

La Corte Suprema de Justicia de la Nación se pronunció ante los planteos de inconstitucionalidad de este delito en dos precedentes: “Alsogaray, Ma. Julia” (22/12/2008) y “Rossi, Domingo Daniel” (1/12/2009). En ambos casos la Corte sostuvo, como criterio general, que la inteligencia de las normas de Derecho común (como es el caso del Código Penal) es materia ajena al recurso extraordinario federal que determina la competencia de la Corte para el control de constitucionalidad (art.14, Ley N° 48). En el caso de Alsogaray, siguiendo el dictamen del Procurador General, la Corte además sostuvo que el planteo no fue oportunamente introducido (requisito formal de admisibilidad del recurso extraordinario). Sostuvo además que el planteo iba contra los propios actos de la recurrente, quien convalidó la aplicación de la norma al pretender justificar el enriquecimiento patrimonial.

Con tales decisiones, la Corte no hizo más que dejar firme los pronunciamientos de la Cámara Nacional de Casación Penal, que sí trató la cuestión de los planteos de inconstitucionalidad, si bien los rechazó.

En el caso “Alsogaray”, la Sala IV de la Cámara Nacional de Casación Penal (en adelante, CNCP) desestimó los planteos de inconstitucionalidad de la norma, con los siguientes argumentos:

- a) En primer lugar, la CNCP consideró que el delito era de comisión y no de omisión. Sostuvo además que el Estado, antes de requerir la justificación al funcionario público, debe probar el enriquecimiento y que tal enriquecimiento no se corresponde con los ingresos regulares del funcionario.
- b) Sostuvo también que el bien jurídico tutelado es la “transparencia y probidad en el desempeño de los funcionarios”.
- c) Consideró además que el requerimiento y su justificación fueron impuestos “en resguardo del derecho de defensa del acusado”.

- d) Finalmente, el Tribunal sostuvo que la falta de justificación no es la que proviene del funcionario al ser requerido, sino de la comprobación que dicho enriquecimiento no encuentra sustento objetivo en los ingresos regulares del agente.

### **Los fundamentos dado por la CNCP merecen algunas reflexiones en sentido crítico.**

- a) En primer lugar, el Tribunal afirma que el delito es de comisión (o acción), pero entonces inmediatamente cualquier penalista se preguntaría ¿cuál es la materia de prohibición de ese tipo “activo”? o dicho de otro modo, ¿cuál es el hecho punible, el *tatbestand*, de ese delito? La respuesta que parece dejamos la CNCP es: el delito consiste en enriquecerse. Pero entonces, inmediatamente surge la cuestión: enriquecerse no es delito y tampoco puede serlo por el hecho de que quien se enriquezca fuese un funcionario público. Por ejemplo, el actual Presidente de la Nación, el Ing. Mauricio Macri, es un conocido empresario de fortuna de nuestro país. Sus empresas, seguramente aún después de que haya asumido como Presidente y durante su presidencia, le reportarán ganancias que lo harán enriquecerse. Pero eso no es delito. Claro que se dirá, que lo delictivo es enriquecerse *a través de la función pública* que, sabido es, ejercida decentemente, no puede enriquecer a ningún funcionario. Bien, pero entonces se trata de una forma elíptica de aludir a los delitos cuya comisión le permitan al funcionario enriquecerse, es decir, sacar provecho económico del delito perpetrado en la función pública. Tales delitos, que están perfectamente tipificados en el Código Penal, a saber: cohecho, negociaciones incompatibles con la función pública, exacciones ilegales, etc., ya son suficientemente precisos para castigar cualquier forma de enriquecimiento ilícito.
- b) También sostuvo que antes de proceder a requerir la justificación, el Estado debe probar no sólo el enriquecimiento sino también que el mismo no se corresponde con los ingresos regulares del agente. Pero si uno se pregunta, ¿dónde debe efectuarse esa “comprobación previa”?, no hay otra respuesta que en el propio proceso penal por enriquecimiento, que se promueve sin que se sepa aún si es ilícito dicho enriquecimiento, requiriendo además la participación del propio imputado como condición necesaria para su configuración, no previa al proceso, sino *durante el proceso*.

- c) Sostuvo además el Tribunal casatorio, que la *falta de justificación* no proviene de la actividad del procesado, sino de las circunstancias objetivas que demuestran la falta de correspondencia de tal enriquecimiento con los ingresos regulares del agente. Si además estas circunstancias deben “comprobarse previamente”, ¿qué sentido tiene la intimación al acusado para que “justifique”? La CNCP responde: en resguardo del derecho de defensa del acusado. Pero si el acusado guardase silencio, al ampararse en la garantía de no estar obligado a declarar contra sí mismo, dicho silencio se interpretaría sin dudas como “falta de justificación” y por ende, fundamentaría su condena. Resulta difícil imaginar una violación más clara a la garantía de prohibición de autoincriminación.

## Conclusiones

A mi modo de ver, los argumentos de los tribunales superiores no pueden salvar la falta de precisión del *hecho* acusado (enriquecerse injustificadamente). Sin dudas, razones “prácticas” relativas a las dificultades de prueba de los hechos concretos, propia de esta forma de “criminalidad de los poderosos”, ha influido en esta tendencia, que como vimos es generalizada, a crear figuras de “enriquecimiento ilícito de funcionario público”.

Se trata de un *delito de sospecha*, figura del Derecho penal del Medioevo que, ante la falta de comprobación de un delito durante el proceso, el acusado podía ser condenado con una pena más leve, ante la sospecha de que se hubiese cometido un delito.<sup>4</sup> En el sistema penal medieval, valga recordarlo, no existía el principio de inocencia, sino que el acusado debía probar su inocencia.

Las objeciones constitucionales a la figura del enriquecimiento ilícito, que ya fueran magistralmente formuladas por Sancinetti –y que aquí se comparan– no ponen en cuestión la finalidad legítima del Estado de perseguir los hechos de corrupción a los que ética y jurídicamente está obligado, incluso ante la comunidad internacional. Sólo que dicha finalidad debe resguardar los derechos y garantías que también el orden jurídico local e internacional conceden a todo acusado de un delito.

<sup>4</sup> Cfr. Macagno, M. E. (2011). *La supervivencia de los delitos de sospecha: El caso del art. 259 del Código Penal Argentino*. En Anales N° 41 -Facultad de Cs. Jurídicas y Sociales. UNLP, pp. 179-192. El autor vincula esta clase de delitos con el de receptación de dádivas, del art. 259 del CP, pero entiendo que es aplicable al art. 258 (2) que se analiza en este artículo.