

INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 268° (2) DEL CÓDIGO PENAL, REFORMA DE LA LEY N° 25188, DEROGACIÓN DE LA PRUEBA SECRETA. ¿RESURGIMIENTO DEL MITO DE LA AUTODIGNIFICACIÓN?

Leandro Andrés Maciel¹

Introducción y antecedentes

Evolución legislativa

La Ley N° 16648 fue el fruto de la imperiosa necesidad de luchar contra la corrupción administrativa. El ideal que tuvo –y tiene el legislador penal– fue el de crear una legislación represiva que logre combatir dicho flagelo con lo que nadie puede estar en desacuerdo. El problema que se presenta es el de hallar un punto de equilibrio entre el combate y castigo de los ilícitos perpetrados por el funcionario público y a la vez respetar las garantías constitucionales plasmadas en la Ley Fundamental, es decir, entre la represión del delito y el mantenimiento del sistema de principios y garantías vigente.

Durante el transcurso del debate de la ley mencionada, en el Parlamento Nacional surgieron voces altamente calificadas que entendían que la redacción del art. 268° (2) del Código Penal violaba las garantías constitucionales del debido proceso, de la presunción de inocencia y de la prohibición de declarar contra sí mismo.

El presente trabajo se ciñe exclusivamente al análisis de la última de las garantías, por lo tanto, se da por sentado el conocimiento mínimo respecto a la estructura del tipo objetivo (la acción típica, antijuricidad, etc.). El tratamiento de estos temas solo lo llevo a cabo en lo estrictamente necesario a fin de una mejor

¹Jefe de Trabajos Prácticos Derecho Penal, Parte Especial. Facultad de Derecho, Ciencias Sociales y Políticas de la UNNE.

comprensión de texto² sin perjuicio de abordar tangencialmente otras garantías constitucionales que, a mi juicio, también vulnera el tipo objetivo referido.

El punto axial de la cuestión es el siguiente: ¿Es una declaración en términos normativos la contestación al requerimiento de justificación, efectuado por un fiscal administrativo? y en el supuesto de contestar aseverativamente ¿Implica o no declarar contra sí mismo, vulnerando la garantía inserta en el art. 18° de la CN, al contestar el requerimiento de justificación? ¿Puede mentir el imputado en su declaración? Trataré de dar respuestas.

Al efectuarse la revisión del proyecto de lo que después sería la Ley N° 16648 en el Senado de la Nación, volvieron a plantearse—al igual que en Diputados— fundadas objeciones a la constitucionalidad del artículo. Claramente se advirtió que la imposición al funcionario de la obligación de contestar el requerimiento de justificación, importaba una declaración de la cual dependía la existencia o no de la consumación del ilícito, que se encontraba plasmada en el conteste a dicho requerimiento y como previo a la iniciación del requerimiento fiscal, a la vez, para excitar la jurisdicción instructoria. Definitivamente una coerción al funcionario que finalmente terminaba declarando contra sí mismo.

Demás está decir que el Código Penal ya contaba con normas que sancionaban diversas conductas ilícitas de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones (vg. cohecho, malversación de caudales públicos, negociaciones incompatibles, etc.). Pero en cuanto al enriquecimiento ilícito, siempre permaneció en la mente del legislador penal como un ilícito “remanente”, es decir, solamente operativo en defecto de los anteriores para el supuesto de no poder acreditárselos. El problema se planteaba por el extenso e intrincado abanico de posibilidades de perpetrar el ilícito (el acrecentamiento espurio del patrimonio del funcionario público) bajo inimaginables formas de extremada complejidad en cuanto a su prueba. Por esta razón, José Peco en su “Proyecto” del año 1941 de reforma CP, denominó a estas bajo el calificativo de “caleidoscópicas”.

Fue esta razón—la dificultad probatoria— por la que se intentó combatir la corrupción administrativa, echando mano al más inconsistente axioma: ya que no se pueden esclarecer los hechos que motivan el acrecentamiento patrimo-

² Ver mi trabajo “El Delito de No Justificación del Acrecentamiento Patrimonial Espurio” presentado en el Curso de Especialización en Derecho Penal—Departamento de Ciencias Penales— Facultad de Derecho UNNE, 1999. Ídem respecto al presente en los lugares señalados con modificaciones solo para su mejor comprensión y análisis.

nial espurio llevados a cabo por los funcionarios en el ejercicio de sus funciones —es decir el encuadre típico en algunas de las figuras mencionadas— por la dificultad probatoria que el mismo importa, el único remedio fue el de crear un sistema de producción de la prueba de cargo que fuera a la vez práctico y efectivo: la presunción de culpabilidad y la inversión de la carga probatoria. Esto de por sí implicaba vulnerar el sistema de garantías insertas en la Constitución Nacional, porque precisamente esta determina exactamente lo opuesto: se presume la inocencia del inculpado hasta una sentencia del tribunal de juicio que demuestre lo contrario, que en su acepción técnica no es un mero principio, sino por el contrario un verdadero “estado de inocencia” como categoría axiológica superior e inquebrantable.³ Por otra parte, la inversión de la carga probatoria es palmaria en el tipo objetivo en análisis, ya que la producción de la prueba de cargo queda en manos no del fiscal, sino del propio funcionario público acusado.

En rigor de verdad, ya desde el Proyecto de 1936 del legislador puntano Corominas Segura, pasando por los de Cisneros, Rugierri, José Peco, el de Sebastián Soler denominado “Proyecto de 1960” y, finalmente, la ley antes mencionada de la mano del Ricardo C. Núñez, siempre dicha presunción de culpabilidad era de carácter explícita, exceptuándose los dos últimos proyectos.

Fue recién con el “Proyecto de 1960”, producto del talento de Sebastián Soler, cuando se trocó dicha presunción explícita, por una implícita. La Ley N° 16648 siguió en la misma línea de principios estableciendo la redacción anterior del art. 268° (2) del CP que decía: “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”.

³ Vélez Mariconde, Alfredo. *Derecho Procesal Penal*. T. I. Lerner. Córdoba. 1982. p. 323 y ss.; y nota N° 13. Es sumamente esclarecedora la interpretación de la garantía constitucional que elabora el autor citado: negación del “principio” y aseveramiento del “estado” de inocencia. Las medidas de coerción responden a la presunción del juez y no a la plasmada y reconocida en la Norma Fundamental. No se analiza aquí la postura actual del tema de la inversión de la carga probatoria que se intenta soslayar postulando que el requerimiento justificatorio de los bienes del funcionario público es una *condición objetiva de punibilidad* “necesaria” *en sí misma*, es decir, independientemente de la justificación o no del acrecentamiento de los bienes que lleve a cabo el funcionario público imputado. Ver en la causa seguida contra la ex funcionaria María Julia Alsogaray y específicamente la causa “Coletti” de la CNC Corr., sala 2 “Coletti”, 25/04/04.

En el debate efectuado en el Senado de la Nación se modificó el proyecto original que venía con media sanción de Diputados, introduciéndose la frase referida al secreto de la prueba, comúnmente llamada “*Regla Fassi*”, en consideración a que fue a instancias de la intervención del legislador Santiago Fassi, que se logró su incorporación.

El texto referido a la prueba aportada por el imputado textualmente decía: “La prueba que ofrezca de su enriquecimiento se conservará secreta a su pedido, y no podrá ser invocada contra él para ningún otro efecto”.⁴

Objetividad jurídica

Ahora bien, a pesar de que de los claros términos en que se encuentra redactado el tipo objetivo, siempre se tuvo en cuenta por parte de la doctrina para su ubicación sistemática en el Título XI del Código Penal, que la objetividad jurídica radicaba en el “normal, ordenado y legal desenvolvimiento de la función de los órganos del estado, en todas las ramas de sus tres poderes”,⁵ es decir, la administración pública “representada por el ejercicio de las funciones legislativas, ejecutivas o judiciales en cualquiera de aquellos tres ámbitos (...) frente a hechos, motivados por espíritu de lucro que corrompen la actuación funcional pública”.⁶ En función de esto, lo que realmente se quiso castigar (por cierto que el legislador penal de 1999 aún más dado el aumento exorbitante de las penas) era el anormal, desproporcionado y no correspondiente aumento del patrimonio del funcionario, resultado que surgía de la siguiente ecuación: *justipreciación de sus haberes-enriquecimiento-desempeño funcional*.

Pero el interrogante a dilucidar, partiendo de la estructuración del tipo objetivo y respecto del bien jurídico protegido es el siguiente: ¿La acción típica importa un delito de acción o de omisión? Las respuestas a este interrogante nos darán una comprensión de la inconstitucionalidad de la disposición legal, hoy sin hesitación luego de la reforma dada por la Ley N° 25188.

⁴ Sancinetti, Marcelo A. “El Delito de Enriquecimiento Ilícito de Funcionarios y Empleados Públicos –Un tipo violatorio del Estado de Derecho–”. Ad-Hoc. 1994. p. 56 y ss. y específicamente p. 112.

⁵ Soler, Sebastián. “Derecho Penal Argentino”. T. V. Tea. 1978. p. 88.

¿Delito de omisión?

Distintos supuestos

Como vimos en la primera parte, el debate que se planteó en la doctrina fue si la acción típica del art. 268° (2) CP implicaba un delito de acción o bien de omisión. Autorizada doctrina sostiene –no sin verdaderos e irreprochables fundamentos– que en realidad no se está en presencia de un delito de omisión, sino de uno de acción, cuya objetividad material se plasma en el acrecentamiento patrimonial espurio del funcionario público. A pesar de su defensor (Sancinetti, “El Delito...”, p. 99 y ss.), la jurisprudencia y la mayoría de la doctrina nacional clásica resuelven por el contrario que la acción típica se resume en la no justificación del acrecentamiento del patrimonio del funcionario. En consecuencia, la estructura del artículo citado conforma un delito de omisión.

Esta estructuración de la acción típica basada en el aumento del patrimonio del funcionario público, debería dar como conclusión que el ilícito se consuma con el aumento espurio del patrimonio del funcionario. Sin embargo, la mayoría de la doctrina y hoy la jurisprudencia a partir del caso “*Eduardo Cesar Angeloz y otros s/enriquecimiento ilícito*”⁷ y “*Pico José M.*”⁸, solo por citar los más renombrados, se entendió que en realidad el delito consiste en *no justificar* dicho acrecentamiento y *no* en enriquecerse, razón por la cual el ilícito consistía en una omisión y no en una acción.

Una de las razones es que podría existir un enriquecimiento que fuera perfectamente lícito en el ejercicio de la función pública. La otra, se fincaba en la consecuencia de un acrecentamiento espurio, pero ajeno a la vinculación del mismo con el desempeño de las funciones como agente dependiente de la administración pública.

En efecto, son dos los resultados que podían darse con la anterior (y por supuesto también con la actual) redacción del artículo comentado: 1) el funcionario justifica el acrecentamiento de sus bienes, 2) el funcionario no justifica.

⁶ Nuñez, Ricardo C. “Tratado de Derecho Penal” –Parte Especial–. T. V. Vol. 2. Lerner. 1987. pp. 18 y 140.

⁷ LL, Cba., 1999, p. 94 y ss.

⁸ LL, T. 1998-F, p. 732/4.

- 1) En el primer supuesto, a su vez, pueden ocurrir las siguientes consecuencias:
 - a) el funcionario *justificaba* acabadamente el aumento de sus bienes a través de *actividades lícitas*: No existe el delito referido.
 - b) el funcionario *justificaba* acabadamente el aumento de sus bienes pero por medio de *actividades ilícitas desvinculadas de la función pública*: No existe el delito referido.

En este último supuesto tampoco podía perseguirse penalmente al funcionario por la comisión de dichos otros ilícitos por aplicación la “Regla Fassi”: la información aportada por el funcionario no podía ser usada en su contra para dar curso a otra causa penal. De las objeciones que se hicieran a la constitucionalidad del artículo, se entendió que finalmente el funcionario verdaderamente declaraba contra sí mismo, toda vez que la contestación al requerimiento de justificación en forma incompleta, simplemente su ausencia, o la expresa negativa a la imposición, no puede dar inicio al proceso al cual se somete a funcionario público. Pero esta interpretación también trae otra consecuencia de no menor importancia y consiste en que de dicha declaración no podía iniciarse otra causa que no fuera estrictamente la referida a la conducta típica del art. 268° (2) CP. Es decir que la prueba aportada por el funcionario imputado solamente podría ser utilizada por el fiscal para acusarlo por la comisión de dicho ilícito —enriquecimiento ilícito— pero no para otros.

Era ese el significado que se deducía de la disposición expresa que disponía el secreto de la prueba aportada por el funcionario antes de la reforma dada por la Ley N° 25188. Adviértase la consecuencia: se creó una regla de operatividad procesal en una ley de fondo. Así el legislador implícitamente admitió la inconstitucionalidad de la norma, ya que para morigerar sus resultados, limitó el alcance inculpatario de la prueba aportada por el funcionario imputado: sí, para la acreditación de la conducta del art. 268° (2) CP; pero no para cualquier otra.

- 2) En el segundo supuesto, es decir cuando el funcionario *no justifica* el aumento de sus bienes, podría suceder que el acrecentamiento patrimonial proviniera de idénticas causas como las del primer caso letra “a” (es decir de actividades perfectamente lícitas) pero debido simplemente a que el funcionario público no justificaba el origen de sus bienes, sin embargo quedaba configurado el delito, sea porque expresamente se niega a contestar el requerimiento de justificación (vg. por-

que invoca la falta de atribuciones del fiscal administrativo o bien porque arguye la falta de sustantividad como sujeto eventual del proceso penal, etc.), sea porque sin negarse expresamente, simplemente guarda silencio, sea porque cumplimenta con la obligación que se le impone pero en forma deficiente o incompleta criterio del actor penal público, sea finalmente porque lo hace (cumple con el deber de justificar sus bienes) pero en forma atemporal (supuesto en el que a pesar de la exactitud, especificación y veracidad del contenido de la justificación no hace desaparecer la acción típica). Nótese el absurdo al respecto y también la incongruencia: el origen del acrecentamiento del patrimonio del funcionario es perfectamente lícito y sin mácula alguna, pero debido solamente a alguna de las causas expuestas, este será sometido a proceso y probablemente condenado.

Ahora bien, en el caso del primer supuesto, “1.b”, es decir cuando el funcionario justifica el acrecentamiento de su patrimonio –además en tiempo y forma– pero por medio de actividades ilícitas (piénsese por ejemplo que el funcionario justifique el aumento de sus bienes pero admitiendo que provienen de la perpetración de otro delito v.g. hurto, proxenetismo, cohecho, prevaricato, trata de blancas, etc.), es decir, sin importar cuál es el género delictivo vulnerado (propiedad, integridad sexual, administración pública, etc.), se producirían las siguientes consecuencias:

- a) No sería viable la persecución penal por la comisión del delito penado por el art. 268º (2) del CP, porque no debe olvidarse que este delito es de aplicación solamente cuando no se puede comprobar algún otro que pudiera haber originado el acrecentamiento espurio del patrimonio del funcionario público y perteneciente al género delictivo de los Delitos Contra la Administración Pública. El delito de Enriquecimiento Ilícito era aplicable únicamente en defecto de la prueba de los anteriores, pero siempre de hechos vinculados en la función pública. Si por ejemplo se comprobaba el cohecho, era este delito el que debía imputarse y no el del enriquecimiento ilícito. Esto impropriamente se denominó “prueba de sospecha” a pesar de las sustantivas diferencias:⁹ no se sabe por cual hecho el

⁹ Ver Del Castillo Santana, María S. “La represión Extra Ordenen: Un juicio en la Bética”, en Revista de Ciencias Jurídicas –Universidad de las Palmas de Gran Canaria–T. 3. 1998. p. 57 y ss. Es importante la distinción que se efectuaba en el derecho imperial entre el *casus* (o culpa)

funcionario se enriqueció, pero por alguna fue; luego se aplica la figura del art. 268° (2) CP, empero las diferencias son sustanciales con “prueba de sospecha” (o también “extra ordinem”), toda vez que esta se aplicaba solamente a falta de prueba completa. En el caso del delito de enriquecimiento ilícito, está en juego precisamente la existencia misma del delito, cuya esencialidad no puede comprobarse. Por ello es que se toma como acción ilícita una simple conducta omisiva del funcionario público. Siempre el “delito” que origina el acrecentamiento espurio está sin acreditárselo, de lo contrario se juzgaría al agente por alguno de los ilícitos del Título XI, pero no por el del art. 268° (2) del CP.

- b) Pero tampoco podía ser perseguido penalmente por el otro delito cometido. ¿Cuál era la razón? Simplemente que ese “otro” delito fue esclarecido sobre la base de la propia confesión del funcionario, por lo cual queda amparado en los principios garantistas del art. 18° de la CN que dice: “Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo”; “Es inviolable la defensa en juicio contra una persona”. La garantía inserta en el art. 18° de la CN se corresponde con la quinta enmienda de la constitución de EE.UU. que textualmente reza: “*No person (...) shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself*” (Ninguna persona será compelida en cualquier causa criminal a ser testigo contra sí mismo). Ahora bien, en dicho país, si el imputado se presta al acto de declarar, debe prestar juramento de decir verdad, y en caso de mentir comete el delito de perjurio. En nuestro país, aún cuando el imputado se avenga a declarar, no se le toma juramento alguno, es más, ni siquiera su silencio (es decir, si no declara) puede tomarse en su contra, por lo tanto la jurisprudencia ha entendido que le asiste un derecho a mentir.¹⁰

y la *voluntas* (o dolo). El trabajo citado menciona un caso de homicidio “por exceso de alegría” –delito imprudente– cometido por Mario Evaristo en la persona de la víctima, Claudio. Este último fue “manteado” por el autor. El rescripto del emperador Adriano, morigeró la pena en función del elemento subjetivo y la inexistencia de pruebas que sustentivicen en el “*voluntas*” el hecho. Así también puede consultarse a Gerhard Domseifer “Clasificación del Ilícito por el Resultado: ¿Un Vestigio de la Pena de Sospecha?”. Doctrina Penal. 1990. p. 135 y ss., donde se lleva a cabo la distinción entre la prueba incompleta o *extra ordinem* y el *dolus indirectus*; de sustantividad procesal el primero y sustancial el último. Precisamente es el primero que refiere el rescripto del emperador Adriano, sobre la base de diferenciar el delito imprudente del cometido con *animus accidendi* o *necandi* (aún con el piso del dolo).

¹⁰ Chevallier-Boutell, Carlos A. “¿Existe el Derecho a Mentir?”. ED, N° 10058, 01/08/2000, p. 1, con postura crítica al fallo de la Cám. Fed. San Martín, en la causa 1164 de fecha 05/

El Funcionario Público imputado dentro del proceso

De lo que no caben dudas, es que la calidad de sujeto amparado por las garantías constitucionales, se adquiere con la sustantividad de haber sido “indicado” como sospechoso de algún ilícito, inclusive antes de la constitución del proceso, pero no solamente cuando se da la “sospecha oficial” o bien coerción investigadora, sino además con el alcance y amplio sentido comprensivo de imputación, indicación o simplemente señalamiento.¹¹ La aptitud de la operatividad del mandato constitucional contra la autoincriminación, importa que la sustantividad que reviste cualquier persona (y va de suyo que también el funcionario o empleado público) como sujeto de un proceso penal amparado por las garantías constitucionales, hace que se lo considere como un real y verdadero imputado. Esto es importante resaltarlo, porque se refiere con la posición que tiene en un proceso determinado. En otras palabras, la garantía constitucional contra la imposición a inculparse que se le impone al funcionario público tiene su génesis en la obligación a contestar el requerimiento de justificación administrativo, previo al Requerimiento de Instrucción Formal. El imputado ya se encuentra en una relación procesal como “parte” propiamente dicha, es decir con el sentido y alcance que adquiere cuando es llamado a prestar declaración indagatoria ante el juez.

Precisamente ya al ser un simple “sospechado” de la probable autoría en una investigación en curso dirigida en su contra, está cubierto de cualquier imposición que se le efectúe en violación de alguna garantía constitucional, y precisamente la prohibición contra la autoincriminación es una de ellas (no así por ejemplo de una autoría putativa). Claro está, otra es la cuestión a si en ese estadio del procedimiento dirigido en contra del funcionario público, ya puede sostenerse que exista un “proceso” en el sentido y con el alcance técnico del precepto, habida cuenta de la estructura típica omisiva de la conducta típica. (Ver infra, Capítulo V “Conclusiones”).

11/98. En rigor de verdad el fallo citado comprueba que el tribunal razonó correctamente la interpretación y el alcance de la garantía constitucional (más allá de que sea opinable su postura respecto de que el imputado tiene un “derecho a mentir”), sin embargo, esto no se plasmó en el resultado, porque sobre la base de la mendacidad del imputado, el tribunal le denegó la excarcelación solicitada. Luego, la resolución final se contrapone con el expreso reconocimiento de la garantía constitucional.

¹¹ De la Rúa, Fernando. “El Imputado”. En Enciclopedia Jurídica Omeba. p. 248 y ss.

La reforma dada por la Ley N° 25188

Características

La apretada síntesis efectuada en la primera y segunda parte, lleva a la cuestión que cobra más enormidad a partir de la reforma al Código Penal dada por la Ley N° 25188. Esta normativa derogó expresamente la regla atribuida al senador Santiago Fassi, respecto al secreto de la prueba brindada por el funcionario público que “no podría ser invocada contra él para ningún otro efecto”.

Ahora bien, dicho “efecto”, hacía referencia a una nueva y distinta causa que se iniciaría precisamente a raíz de la anterior declaración al contestar el requerimiento de justificación. De tal manera que con la actual redacción del artículo, el funcionario público que confiese que el acrecentamiento de sus bienes se debe a la comisión de otro delito, no podrá ser condenado por enriquecimiento ilícito, pero si por un delito confesado, aún cuando lo haya hecho ante un funcionario administrativo. Se entiende que no se analizan aquí los supuestos que puedan presentarse en contrario, por ejemplo el ejercicio de la vis compulsiva, o bien absoluta sobre el funcionario para que declare, o bien, el despliegue de violencia ablativa en contra de este, toda vez que se estaría en un supuesto en el que la declaración aportada por el funcionario público, al contestar el requerimiento de justificación, se originó en una expresión de voluntad viciada y por lo tanto inválida para la validez de la “justificación” (léase contestación).

Nótese que no se trata de la averiguación de la perpetración del ilícito sobre la base de la presentación de las declaraciones juradas. Por el contrario, ya con la calidad de imputado originada en la imposición de contestar en tiempo y forma el requerimiento referido al aumento patrimonial que se origina en la presunción de enriquecimiento ilícito (de lo contrario no le habría sido impuesta tal obligación), pero gozando del estado de inocencia y en pleno goce de todas las garantías constitucionales, el funcionario aportaba la prueba de la cual se sirve el fiscal para efectuar su acusación en el estadio instructorio para excitar la jurisdicción (vg. art. 70° del CPP Ctes., idéntico al art. 72° del CPP-N).¹²

Es decir que actualmente, en virtud de la reforma que derogó dicha regla, el funcionario puede ser imputado en una causa penal distinta que se origina en

¹² D'Albora, Francisco J. *Código Procesal Penal de la Nación*. Abeledo-Perrot. 1997. p. 130 y ss.

base de su declaración brindada coactivamente y en la que confiesa haber cometido otro ilícito, del cual se produjo el acrecentamiento de su patrimonio; es decir de su declaración. De más está decir que resulta casi absurdo destacar que en este caso ya no sería ajusticiado por el ilícito del art. 268° (2) del CP, sino por cualquier otro, sea perteneciente al mismo género delictivo (vg. cohecho, negociaciones incompatibles, malversación etc.), sea por otro distinto (vg. epizootias, ejercicio ilegal de la medicina, omisión de auxilio, etc.).

Y es aquí donde surge la flagrante inconstitucionalidad de la norma. Ya con la anterior redacción se advirtió dicha consecuencia y fue esa la causa por la que el legislador citado intentó disimular la inconstitucionalidad del tipo objetivo introduciendo el agregado referido al secreto de la prueba en su anterior estructuración.

Con la actual redacción del art. 268° (2) CP, surge como una “creación pretoriana legislativa” un nuevo ilícito (“delictum sui generis”) con valor axiológico supra constitucional, que permanece a la “espera” de ser confesado por el funcionario al contestar al requerimiento de justificación, es decir, en contrapartida con la vigencia de la garantía constitucional de prohibición contra la auto incriminación.

Supra constitucionalidad de la garantía

Todo lo referido hasta aquí no puede desconocer la recepción en la normativa supra constitucional. El artículo analizado, vulnera los derechos consagrados en la Constitución Nacional, pero también en los tratados incorporados a partir de la reforma de 1994. Veamos cuales son los derechos referidos en el art. 75° inc. 22 de la CN.

DUDH: art. 7°: Todos son iguales ante la Ley sin distinción y tienen derecho a igual protección de la ley; art. 8°: Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo que lo ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución y la ley.

Adviértase que el legislador penal creó una discriminación “legal” por encima de una norma, que luego de la reforma constitucional del año 1994 tiene rango de ley suprema y por lo tanto de aplicación por sobre cualquier norma infra constitucional: todos los habitantes del territorio nacional tienen el derecho

de no declarar contra sí mismos, pero en ningún caso los funcionarios y empleados públicos; luego se vulnera el art. 16° de la CN porque para estos no rige la garantía constitucional. Es que el art. 268° (2) del CP discrimina a los funcionarios y empleados públicos, toda vez que les niega el derecho a no inculparse violando así la garantía de igualdad ante la ley (art. 16° CN).

DADH: art. XVIII: Toda persona puede concurrir a los tribunales a hacer valer sus derechos. Asimismo debe disponer de un procedimiento sencillo y breve por el cual la justicia lo ampare contra actos de autoridad que violen, en perjuicio suyo, alguno de los derechos fundamentales.

Esto implica una garantía contra los actos emanados de los poderes del estado que violen esos derechos fundamentales fundados en la correctiva actuación judicial, precisamente porque se trata de un bien jurídico merecedor de protección penal. Adviértase que es precisamente lo que sucede con la estructuración del tipo objetivo, ya que la vulneración de la garantía a no autoincriminarse es producida por parte del Estado por medio de su órgano encargado de ejercer la acción penal pública, es decir del fiscal. A ello debe sumarse el hecho de que una vez excitada la jurisdicción, esta continúa con dicha violación al derecho constitucional referido.

CADH: art. 8°. Garantías Judiciales: 2) Toda persona inculpada tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad a las siguientes garantías mínimas:(...)Derecho a no declarar contra sí mismo ni a declararse culpable; 3) La confesión del inculcado es solamente válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza.

Esto es de singular importancia. Parecería que el funcionario o empleado público llamado a justificar el acrecentamiento de sus bienes no está sometido a obligación alguna. Sin embargo, si lo está, por cuanto es en el tipo objetivo del art. 268° (2) del CP donde debe imperativamente declarar. Aquí no cabe ninguna garantía constitucional que impida al órgano encargado de la acción penal imponerle al imputado la obligatoriedad de declarar justificando el aumento de sus bienes. Y lo afirmado no puede ponerse en duda, ya que si no justifica el origen de estos queda configurado el delito. Otra cuestión diferente es la refe-

rida a los parámetros de los cuales se vale el fiscal para dar inicio a la causa penal con el Requerimiento de Instrucción Formal, tema que no es analizado en el presente. Empero no puede pasarse por alto el hecho de que la Ley sustantiva no proporciona ningún criterio al respecto.

PIDCP: Parte II, art. 2°: 1) Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o de cualquier otra condición social.

La pregunta que se impone es la siguiente: ¿Cuál de los derechos aludidos se relaciona con el ilícito analizado? Precisamente el art. 14° inc. 3, que reza: “Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad a las siguientes garantías mínimas: (...) g) A no ser obligada a declarar contra sí misma ni a confesarse culpable”. De tal manera que en caso de incumplimiento de algunas de las disposiciones del pacto al que la República Argentina adhirió, podría ser denunciada ante el Comité de Derechos Humanos que la normativa crea especialmente por cualquier otro estado (ver art. 44° y cc.).

Pero, ¿qué importancia tiene dicha disposición en el tema analizado? Simplemente porque el proceso se inicia con la declaración del funcionario o empleado público (es decir con la contestación al requerimiento de justificación, su negativa o simple silencio), no con otro acto procesal, ya que al ser un delito de omisión hasta que el imputado no cumpla con el mandato imperativo que determina el elemento normativo del tipo objetivo—debido requerimiento—, la no contestación (que incluye la forma imperfecta de su realización) al requerimiento de justificación no existe ilícito, ya que dicha contestación negativa (o su ausencia), opera en el tipo objetivo como una condición de procedibilidad. De más está decir que aquí no se aborda el complejo problema referido a la distinción entre prohibición de obligación, por una parte, y el derecho a auto inculparse, por la otra. Con todo, esto último tampoco puede soslayar el cumplimiento de una garantía constitucional.¹³

¹³ Marcelo A. Sancinetti. “Sobre la Inconstitucionalidad del llamado delito de Enriquecimiento Ilícito de Funcionario Público –El Adiós al Estado de Derecho–”. CDDP, N° 8. p. 913 y ss.

Por ello es que no se pone el debido acento en que en el ilícito referido, el actor penal público no tiene potestad de ejercer la acusación, ya que este investiga delitos cometidos, lo que no sucede en el caso porque precisamente se le impone al funcionario o empleado público la obligación de declarar con la finalidad de comprobar si se cometerá o no el delito.

La Corte Suprema de Costa Rica ha tenido ya un ejemplar pronunciamiento respecto a la inconstitucionalidad del tipo objetivo. Este tiene en la Ley sustantiva penal de dicho país una estructuración semejante. También allí corresponde la inversión de la carga probatoria. Dicha postura responde a una posición garantista y respetuosa de la normativa constitucional.¹⁴ Es igualmente relevante el voto de la minoría en la causa “Llanos, Sergio C.”, donde sienta la interpretación respecto a la inconstitucionalidad del art. 268° (2) CP sobre la base de tres aspectos:

- 1) la inversión de la carga probatoria
- 2) por tratarse de un tipo objetivo “abierto” que se complementa por el juez o el fiscal y
- 3) la violación a la garantía constitucional a no declarar contra sí mismo, al imponerle dicha carga al funcionario o empleado público imputado, so pena de que con su silencio (o expresa negativa o justificación incompleta) quede perpetrado el ilícito.¹⁵

¹⁴ “Acción de Inconstitucionalidad N° 842-P-90”, presentada por Ricardo Umaña Zúñiga en ídem nota anterior, pp. 969-977.

¹⁵ CN Crim. y Correc. sala I, 200/07/03, publicado en LL, Suplemento de Jurisprudencia Penal 22/12/2000. p. 49 y ss. A pesar del avance en cuanto a la vigencia de la garantía constitucional contra la autoincriminación, el tribunal tiene como soporte una base contradictoria: si se admite que la acción típica es omisiva, es obvio que la jurisdicción no puede llevar a cabo investigación alguna respecto al incremento patrimonial sin intervención del funcionario imputado. Y lo es por tres razones: 1) el tribunal carece de potestad para ejercer la acción penal pública; 2) el delito no se cometió al momento de que el tribunal lleva a cabo dicha investigación; 3) la posterior intervención del funcionario imputado para dar explicaciones respecto al incremento patrimonial de sus bienes, no borra la vulneración a la garantía ínsita en el art. 18° de la CN, siempre se le impone al imputado una obligación al margen de la normativa constitucional. Pero se advierte la subyacente idea respecto a la inconstitucionalidad del tipo objetivo: el tribunal intenta superar dicho obstáculo diferenciando dos momentos: uno es el referido a la acreditación de la diferencia entre ingresos y bienes. La otra referida a que, luego de acreditado dicho extremo, recién debe ser llamado el funcionario a justificar dicha diferencia. Como se ve, la objeción constitucional permanece en forma inalterada y no se advierte la practicidad de la

En el fallo de la mayoría en la causa referida si bien no se admitió expresamente la inconstitucionalidad del tipo objetivo, sin embargo sienta los fundamentos que deben mediar en la interpretación del mismo para superar dicho obstáculo. En primer lugar, se estatificó la conducta del juez en el proceso: debe probar primeramente el acrecentamiento patrimonial sin intervención del funcionario dada la no correspondencia con los ingresos del mismo. En segundo lugar y luego de haberse cumplimentado con dicha actividad jurisdiccional, recién entonces puede el funcionario imputado ser llamado a dar explicaciones respecto a la diferencia entre los ingresos y los bienes existentes en su haber (correspondencia “objetiva” dice la cámara). Además se determinó la improcedencia del requerimiento efectuado al funcionario imputado respecto a imponerle obligaciones en cuanto a explicar la diferencia de su situación patrimonial, antes de cumplimentar el acto procesal anterior. Por último, nuevamente se sentó la postura respecto a la acción típica: se trata de un delito de omisión.

Naturaleza jurídica de la justificación

Declaración

El interrogante que debe dilucidarse se refiere a la sustantividad de la declaración brindada por el funcionario imputado: ¿Es verdaderamente una declaración en sentido técnico la contestación –léase justificación– al requerimiento de justificación llevado cabo por el funcionario público ante el fiscal administrativo? Esto es fundamental ya que lo que está en tela de juicio es si la misma se encuentra o no abarcada por la garantía constitucional de no declarar contra sí mismo. Si lo es, entonces la respuesta será afirmativa. No lo será en el caso contrario.

En definitiva ¿Declara o no el funcionario público contra sí mismo al contestar el requerimiento de justificación? Permítaseme adelantar la respuesta en dicho sentido: No cabe duda alguna de que el funcionario compelido a justificar el origen y acrecentamiento de su patrimonio declara contra sí mismo en viola-

diferencia en los momentos procesales. A lo sumo importa un nuevo reconocimiento de la inconstitucionalidad no ya del tipo objetivo, sino del mismo procedimiento: el tribunal pone en cabeza del juez una actividad para la que no tiene capacidad procesal: el ejercicio de la acción, a lo que debe agregarse que la llevaría a cabo antes de que el delito se cometiera.

ción de la garantía de auto incriminación y, por lo tanto, dicha imposición vulnerará la garantía constitucional inserta en el art. 18° de la CN. Veámoslo.

Declarar significa deponer, aseverar, afirmar, manifestar. Ahora bien, según la norma procesal (art. 70° del CPP; art. 72° CPP-N), la persona sindicada como partícipe de un hecho delictuoso tiene el derecho a hacer valer las garantías constitucionales desde el inicio mismo y hasta la terminación del proceso aún el denominado “testigo sospechoso” (ver infra punto V). Pero si esto es así, o sea si de la comprensión unívoca del art. 70° y concordantes de la Ley de Rito surge ese derecho, la pregunta se impone: ¿Es un sujeto procesal idóneo en términos del artículo mencionado el funcionario o empleado público para hacer valer todos y cada uno de los derechos y garantías constitucionales insertos en el código ritual, al momento de declarar justificando el acrecentamiento “apreciable” de sus bienes? La respuesta no puede ser otra que la afirmativa. Pero entiéndase bien: todos y cada uno de ellos. Por consiguiente, también del derecho de gozar del estado de inocencia de acuerdo al art. 18° de la CN y como derivación de esta garantía, el derecho de no ser obligado a autoincriminarse, toda vez que la culpabilidad debe acreditarse sobre la producción de la prueba que lo vincule al proceso, de acuerdo a lo que prescriben las leyes, y consecuentemente, en función del mandato constitucional.¹⁶

El legislador no puede desconocer la garantía que corresponde a un estado de derecho. Para fundamentar la constitucionalidad del tipo objetivo se echó mano al simple argumento de que la asunción del cargo público lleva consigo de deberes inherentes al mismo, y uno de ellos, es la obligación de justificar los acrecentamientos del patrimonio del funcionario. Es un argumento inconsistente y baladí, por cuanto ninguna norma infra inconstitucional (Código Penal) puede pasar por alto o simplemente desconocer el mandato del soberano, plasmado en la carta fundamental que rige los destinos de un estado, máxime cuando actualmente —debido a la reforma del año 1994 y la incorporación de los tratados de derechos civiles y políticos— estos tiene rango constitucional.

De admitirse dicha postura, resultaría que esa “categoría especial de personas”—la de los funcionarios o empleados públicos— tiene un estándar inferior, de minusvalía, que no lo tienen los restantes justiciables del Estado más allá de que todos sean súbditos del mismo. Consecuencia: se vulnera el principio de igualdad

¹⁶ Fallos, T. 295, p. 782, causa “Luis Acosta y otros s/contrabando”; T. 281, p. 69; T. 298, p. 240 —entre muchos otros—.

del art. 16° de la CN. Sin embargo, los derechos y garantías constitucionales se aplican desde el mismo momento en que pelagra la seguridad individual del justiciable frente a la pretensión penal estatal,¹⁷ y dicho “peligro” como se vio ya existe al surgir la obligación de contestar el requerimiento de justificación.

En la causa “Angelóz”, el tribunal estableció que es el Ministerio Fiscal el que debe aportar las pruebas de cargo, con lo que sentó un dato de inestimable interpretación respecto de la contradicción en que luego incurre, con relación a la conducta típica al sostener que se trata de un delito de omisión. Pero si esto es así, ¿Cómo se explica que antes haya admitido al delito como una omisión? Si el ilícito es de omisión, es recién con la no justificación que queda consumada la acción típica y no con el enriquecimiento y, consecuentemente, no puede el fiscal requerir ninguna “justificación” al funcionario público respecto de su patrimonio, ya que hasta ese momento procesal no existe ilícito alguno y, por lo tanto, no puede el representante de la acción penal pública adquirir la calidad de sujeto procesal en causa alguna ya que no existe ilícito que la haya originado. Como se ve, el imputado carga con la obligación de probar su inocencia; luego se invierte la sustantividad del procedimiento penal: es el Estado el que acredita la culpabilidad del imputado y no este el que debe demostrar su inocencia, porque goza de ese estado de inocencia desde el mismo instante de estar “sospechado” de haber cometido algún ilícito. Adviértase la grotesca consecuencia que acarrea la actual estructuración del artículo: el funcionario puede ser llamado a justificar ante el juez el acrecentamiento de sus bienes ¡cuando el delito todavía no se cometió!¹⁸

De más está decir que aquí no se aborda el tema referido por ejemplo, al supuesto de que el funcionario imputado sea obligado a justificar el aumento de sus bienes en la mismísima declaración indagatoria y la responsabilidad civil y penal del juez o fiscal que obren de esa manera dada la estrechez de los lineamientos de la presentación.

¹⁷ Maier, Julio B. J. *Derecho Procesal Penal I Fundamentos*. Prag. 6 “C”, “Inocencia” (2ª edic.). Editorial del Puerto S.R.L. 1996. p. 490 y ss. y pp. 547-548.

¹⁸ En contra Julio Chiappini “El Delito de No Justificación de Enriquecimiento”. LL, T. 1986 “C”. Sección. Doctrina., p. 581 y ss, y parág. XI, nota N° 16 “in fine”, quién incomprensiblemente dada su postura por estructuración omisiva de la acción típica, considera que puede efectuar el requerimiento de justificación el juez. Consecuencia: el ilícito aún no se cometió, o lo que es peor, se lo comete ante el juez.

Sistemas procesales: el reconocimiento de la garantía

La mayor o menor efectividad de la irrestricta operatividad de las garantías constitucionales se finca en la diversidad de los sistemas penales. El sistema penal garantista se denomina “no adversarial” (o acusatorio), por oposición al llamado “adversarial” (o inquisitivo) como paradigma en nuestro país, que implica la posición de superioridad en que se encuentra el Estado respecto del justiciable. A pesar de ser más garantista el primer sistema referido que el nuestro, la jurisprudencia dijo refiriéndose al principio constitucional contra la autoincriminación que:

*El sentido del juego limpio que impone el justo balance entre el Estado-individuo mediante la obligación del primero de no interferir el individuo hasta que no exista un caso probado y asumir la carga de la prueba durante el proceso.*¹⁹

Todo ello impone una diferencia: el funcionario imputado puede ser objeto de prueba (la que se realiza sobre su persona por otras, vg. tomas fotográficas para el prontuario), pero nunca sujeto de prueba (la que lleva a cabo por medio de su intelecto vg. ¡La declaración contra sí mismo!). Por ello, tampoco podrá ser utilizada en contra del imputado su declaración como testigo, si luego su situación procesal se revierte y es nuevamente citado a declarar, pero ya como imputado;²⁰ y están quienes ni siquiera admiten que el imputado sea objeto de prueba.²¹ Si en el sistema acusatorio norteamericano la garantía contra la autoincriminación se extiende incluso a no ser llamado a declarar, va de suyo que el silencio no puede interpretarse en contra del imputado (ver art. 295° del CPP Ctes. y art. 298° del nacional), entonces ¿Cómo puede ser un requisito del tipo aquello que emana del obrar volitivo del imputado?²²

¹⁹ “Murphy v. Waterfront Comisión”, 374, US, 52,55.1964. Citado por Ojeda Quintana, Tomás. “El privilegio contra la auto incriminación: Reflexiones acerca de dos sistemas distintos de procedimiento penal”. CDJP, N° 9 “B”. p. 252 y ss.

²⁰ Spolansky, Norberto. “Nadie está obligado a declarar contra sí mismo, falso testimonio y culpabilidad”. LL, T. 140. p. 701 y ss. y jurisprudencia allí citada.

²¹ Ekmekjedian, Miguel A. “Derecho Constitucional”. T.II. Depalma. 1994. p 315 y ss.

²² Tedesco, Ignacio F. “El Privilegio Contra la Autoincriminación Un Estudio Comparativo”. CDJP, N° 6. p. 257 y ss., notas N° 60 y 69.

De la garantía de no declarar contra sí mismo, surge el derecho a la libertad de declarar o callar, y de nuevo, si tiene dicha libertad, no puede colegirse que pueda auto-inculparse. Es que como consecuencia ineludible de la sustantividad del Derecho Penal como la técnica formal del control social, tanto en el sentido material como modal, no puede desconocer que el cenit que lo anima es la protección del imputado por el estado de inocencia del que goza y por ende la prohibición contra la autoincriminación se impone como inescindible del mismo.²³

Conclusiones

La sustantividad del “hecho”

En conclusión: el funcionario llamado a cumplir con el requerimiento de justificación previo al requerimiento de instrucción formal, declara contra sí mismo, ya que por imperio legal solamente le cabe una posibilidad: declarar en un sentido determinado y no en otro.

Si declara haberse enriquecido en el ejercicio de la función pública, será reo del ilícito previsto por el art. 268° (2) CP; y si lo hace admitiendo el acrecentamiento espurio de su patrimonio, pero por actos desvinculados de la función pública, también será imputado por el ilícito que corresponda. Lo que pretendo poner en claro es que al no regir la “Regla Fassi”, el imputado está inmerso en una trampa legal. En ambos casos, su declaración es auto incriminatoria.

Repárese sobre el siguiente caso hipotético: el funcionario “A” declara – claro que muy bien aconsejado por su defensor en una admirable estrategia defensiva– que su enriquecimiento se debe por ejemplo a la trata de blancas o al contrabando pero siempre desvinculados del ejercicio de la función pública y luego es enjuiciado por estos delitos, cuando finalmente la Corte Suprema de Justicia declare la nulidad de todo el proceso por vulneración a la garantía inserta en el art. 18° de la Constitución Nacional y tratados concordantes. Porque nótese

²³ Kirsch, Stefan. “¿Derecho a no Autoinculparse?”. En *La insostenible Situación del Derecho Penal*. Ed. Pomares. Granada. 2000. Aquí se puede colegir la coincidencia entre el derecho penal vernáculo y el germano en cuanto al momento genésico de la prohibición contra la autoincriminación. Ver además nota N° 5. Asimismo repárese la estructuración de la diáda: prohibición contra la auto incriminación-libertad de declarar y su consecuencia en los dos ámbitos abarcados por el autor: averiguación de la verdad y determinación de la pena.

lo siguiente: no podría acusarse al imputado por el delito de enriquecimiento ilícito, porque este debe estar en relación con el ejercicio de la función pública, lo que precisamente no sucedió; pero tampoco por los restantes, ya que se descubrieron por medio de la declaración del imputado, al que le asiste el derecho a no autoincriminarse; y de nuevo si se admitiera que puede ser penalizado por el ilícito de enriquecimiento, también se levanta el obstáculo respecto a la declaración contra sí mismo. Así una y otra vez se reinicia el círculo en forma interminable.

No puede pasarse por alto el aspecto referido a la consecuencia procesal que el tipo objetivo acarrea. Ello responde al rol que adquiere el funcionario público al contestar el requerimiento de justificación y el carácter en el que debe prestar declaración. En otras palabras, si ya en este estadio del procedimiento rigen para este las garantías constitucionales. No caben dudas que ya en esta etapa del procedimiento, el funcionario público es un imputado, gozando de todos y cada uno de los derechos y garantías que la constitución consagra.

Podría argumentarse que siendo un caso en que el fiscal de instrucción se aboca a investigar un *no hecho*, es decir un ilícito aún no cometido (y lo que es peor no se sabe si va a ser perpetrado), la consecuencia es que se está ante un proceso viciado de nulidad absoluta y, por lo tanto, no operan aquí ninguna de las garantías constitucionales que lo amparan. Quien razone de esta manera, solo estaría demostrando su total desconocimiento del cómo y cuándo le asiste a cualquier justiciable su derecho a hacer valer dichas garantías. El hecho de que por imperio legal el fiscal proceda a investigar un hecho que todavía no se cometió ya que como se sabe, solamente con la no justificación queda consumado el ilícito, no puede constituir un obstáculo para desconocer la operatividad de cualquier garantía constitucional. Precisamente, es contra las irregularidades o abusos del Estado, cometidos por medio de sus funcionarios o simplemente por particulares, que todo justiciable puede esgrimir como una valla de contención contra cualquier desconocimiento de algún derecho que le asiste y que la Constitución Nacional impone su plena aplicabilidad. Negar esto sería como admitir que, en el caso analizado, el fiscal requirente pueda actuar arbitrariamente y fundándose en que el procedimiento es nulo, no pueda el imputado hacer valer su derecho a no declarar contra sí mismo.

Declaraciones en el proceso

Ahora bien, si el funcionario público imputado tiene derecho a no autoincriminarse, debe tener una posición dentro del proceso iniciado. Esta no

puede ser otra que la de ser una de las partes que lo componen, en oposición a las pretensiones del acusador penal público, que constituye la otra parte del proceso. Admitido esto, se impone dilucidar en que carácter va a asumir el funcionario imputado la obligación de contestar la imposición a la que es sometido. Solamente son tres las posibilidades que caben en el supuesto: a) declarar como imputado, b) declarar como simple testigo y c) declarar como testigo sospechoso.

Respecto a la primera categoría axiológica, es obvio que siendo ya imputado debe declarar en tal sentido, es decir, con dicha esencialidad. No puede haber otra interpretación ya que simplemente el fiscal de instrucción le atribuye la posible comisión de un ilícito, art. 268° (2) CP.

Entonces, ¿declarará el imputado prestando juramento?

Respuesta: imposible ya que este no presta juramento. Pero el problema no se finiquita allí, por cuanto el imputado tiene el derecho constitucional a no declarar, es decir a guardar silencio. Lo que sucede es que precisamente en el tipo objetivo analizado el silencio del funcionario hace que quede configurado el ilícito. De tal manera que se llega a la siguiente conclusión: si el funcionario público es imputado de cualquier ilícito (sea del género delictivo de los Delitos Contra la Administración Pública o de cualquier otro) puede hacer valer su derecho a guardar silencio, pero esta garantía contra la autoincriminación no es plenamente operativa, es decir, no puede hacerla valer cuando se trata de la imputación de la comisión del delito del enriquecimiento ilícito; en este ilícito se plasmaría la excepción a la regla general, en este ilícito no valen las garantías constitucionales.

En cuanto al segundo supuesto, ¿Declarará como testigo –y así prestar el juramento de ley–? Respuesta: sí, puede ser obligado a ello, pero entonces no es imputado, lo que contradice la imposición de justificar el origen de sus bienes, ya que para que nazca dicha obligación por mandato de la Ley sustantiva, debe ser imputado, con el alcance delimitado supra (ver nota N° 10) y precisamente en este caso es un simple testigo. Porque es un “imputado” el funcionario público es que pesa sobre este la obligación de contestar el requerimiento de justificación. Por lo tanto, la conclusión se impone: o bien es imputado o bien es un simple testigo. En el primer caso, le asiste el derecho constitucional a no autoincriminarse; en el segundo, no pesa en cabeza del funcionario obligación alguna de justificar ningún acrecentamiento de sus bienes porque no es imputado.

Pero cuando es requerido para tal fin, el funcionario público ya con su declaración prestada ante el fiscal administrativo, es un “imputado” al que le

asisten todas y cada una de las garantías constitucionales y, por supuesto, también la referida a la prohibición de declarar contra sí mismo.

Finalmente queda una posibilidad: declarar como testigo sospecho (art. 250° CPP Ctes.).

Respuesta: ¡Pero también este está eximido de prestar juramento! ya que es un “imputado sustancialmente considerado”²⁴ y por ende no está obligado a contestar dicho requerimiento porque precisamente es de dicha contestación de donde surge la autoincriminación. Como en el primer supuesto, también en este último el funcionario público es un “imputado” y tiene derecho a no declarar contra sí mismo; tiene derecho a no contestar el requerimiento de justificación. Definitivamente el “testigo sospechoso” al ser un imputado también está amparado en el sistema de garantías de la Ley fundamental.

Como se ve, solamente en el segundo supuesto, puede ser obligado el funcionario público a deponer como testigo, y así podría exigírsele una declaración, pero, en este caso no existe imputado alguno en el proceso iniciado (o al menos no lo es el declarante). Demás está decir que ni aun en este caso la declaración puede ser autoincriminatoria, es decir, que tampoco un simple testigo puede ser compelido a declarar si de dicha declaración va a surgir la prueba de cargo que lo incrimine. La jurisprudencia tiene resuelto que la modificación de la situación legal de una persona que primeramente presta su testimonio como un simple testigo prestando juramento y posteriormente lo hace como imputado, importa en el supuesto de no ser relevado de dicho juramento, una conminación a decir la verdad, que acarrea la nulidad insanable de la misma.²⁵

No existe solución jurídica posible, salvo sobre la base de una grosera y palmaria vulneración de las garantías constitucionales. Pues bien, ¿adónde arribamos?, pues a lo siguiente: no tendría la sociedad ningún imputado ni por el ilícito aquí analizado, pero tampoco por ningún otro, porque finalmente es esa la consecuencia que trae aparejada la modificación dada al art. 268° (2) del CP.

La urgente reforma penal se impone. Es simple: la modificación del tipo objetivo y darle una sustantividad de delito de acción, sin el impresentable e inconstitucional requerimiento de justificación previo. Si antes de la reforma de la Ley N° 25188 existían dudas, hoy es evidente la vulneración de las garantías

²⁴ Caferata Nores, José I. *El Imputado*. Lerner. 1982. p. 35 y ss.

²⁵ C. Fed. La Plata, Sala II, sep. 25-992, “Mercado Adela y otros”, DJ, 1993-1-786.

y derechos constitucionales que le asisten al funcionario público y es impensable argumentar en contrario.

En resumen, se puede esquematizar lo argumentado de la siguiente manera: en cuanto al proceso y en relación al funcionario público.

A) En cuanto al proceso

- 1) Al momento de ser llamado el funcionario público a justificar el origen de sus bienes (Requerimiento de Justificación) existe ya un proceso judicial.
- 2) En dicho proceso, el funcionario público reviste la calidad de ser una de las partes, en oposición al Fiscal de Instrucción que representa el poder estatal que impetra la obligación de rendir acabadamente la información requerida (contestación al Requerimiento de Justificación).

B) Con relación al funcionario público

- 1) Como consecuencia de lo anterior, el funcionario público ya ostenta la categoría de sujeto procesal en un proceso al contestar (abstenerse o negarse de hacerlo) el Requerimiento de Justificación, aun cuando lo lleva a cabo ante un sujeto extraño al proceso como lo es el fiscal administrativo.
- 2) Dicha sustantividad es la de ser imputado en el proceso.
- 3) Como tal, tiene el derecho de hacer valer la garantía constitucional contra la autoincriminación.
- 4) Dicha garantía no puede ser desconocida en el estadio procesal previo a la declaración indagatoria a rendir ante el juez, una vez iniciado el procedimiento instructorio (decreto de avocamiento a raíz de la acusación fiscal –Requerimiento de Instrucción Formal–).
- 5) Dicha garantía comprende no solo la posibilidad de no ser incriminado con su declaración por el delito estudiado, sino por cualquier otro, siempre que del instrumento rendido, (abstención o simple negativa) al contestar el Requerimiento de Justificación (previo al Requerimiento de Instrucción Formal), surja prueba alguna que lo incrimine, aún cuando el actor penal público también aporte elementos de cargo durante el desarrollo del proceso.
- 6) La conclusión se impone toda vez que el génesis mismo del proceso se encuentra viciado, ya que se inicia con la propia declaración de funcionario público, con las consecuencias señaladas:

- a) si hace valer su derecho constitucional a no declarar, queda configurado el ilícito;
 - b) si admite la comisión del delito inserto en el art. 268° (2) CP, también se consume un ilícito (en este supuesto el de enriquecimiento ilícito) y finalmente,
 - c) si refiere que el acrecentamiento de su patrimonio existe y es espurio, pero por actos desvinculados de la función pública, también quedará consumado algún ilícito que queda determinado también con la declaración prestada al contestar el requerimiento de justificación impuesto en el tipo objetivo.
- 7) El procedimiento comprende dos etapas: la primera es la que se lleva a cabo ante el fiscal administrativo; la segunda ya con la intervención jurisdiccional. En ambos casos el funcionario público imputado se encuentra a cubierto de cualquier acto que comporte vulnerar alguna garantía constitucional como la que hemos analizado y fundamentalmente, la que prohíbe la autoincriminación.

Epílogo: ¿Se repite la historia?

Para terminar me permito efectuar una breve referencia que es aplicable al caso y es de fácil comprensión para el lector. El punto de análisis se sitúa en dos aspectos: por una parte, el referido al sujeto procesal a cuyo cargo se encuentra la acusación, y por la otra, al que debe aportar la prueba de cargo. En ambos casos, es solamente uno: el fiscal, porque no existe otro sujeto dentro del proceso en cuya cabeza quepa llevar adelante la acusación y como consecuencia de ello, la obligación de aportar la prueba que vincule al imputado al mismo.

Se ventilaba un caso judicial por ante el emperador de Roma Juliano (llamado el apóstata que gobernó el Imperio del 1114/16 (*ab urbe conditia*), donde se juzgaba a un funcionario que revestía la calidad de ser titular del poder ejecutivo de una provincia romana. Se trataba del gobernador Numerio, de la localidad llamada Narbonese (actual Provenza francesa). La acusación estuvo a cargo del fiscal de la causa llamado Delfidio. Pero resulta que este no encontraba pruebas para sostener y llevar adelante la causa. Sin embargo el pueblo afirmaba que el funcionario había malversado los bienes del estado en el ejercicio de la función pública (da lo mismo en cuanto al

delito del Enriquecimiento Ilícito, atento a que la cuestión se refería a la de falta de pruebas y quién es el sujeto procesal encargado de producirlas, sin perjuicio de que la conducta supuestamente ilícita cometida por el ejecutivo imputado, encuadraría en el delito de Malversación de Caudales Públicos, Art. 260 del Código Penal Argentino).

El problema que se planteaba es que no se acreditaba porque acto u omisión el funcionario acusado lo había hecho (¿Delito de Sospecha? ¿Clamor Popular?). El fiscal contaba solo con suposiciones y se encontraba con la firme e irreductible actitud del acusado que siempre sostuvo su inocencia. En síntesis: la prueba de cargo no se había producido en el proceso.

Al no encontrar elemento alguno en contra del funcionario que lo incrimine y ver perdida su acusación, el fiscal prestamente se dirigió a “su” emperador, ensayando una mueca de pérvida servil adulación (como cualquier funcionario complaciente y venal, que con mentalidad domesticada, gustan reptar dependiendo del poder de turno, lamentablemente ejemplos tan frecuentes en regímenes autoritarios, como el de las mediocracias herrumbradas por sus viscosas miserias morales) y exclamando a modo de súplica dijo: *¡Pero ilustre cesar! si basta con negar, ¿dónde habrá en adelante un culpable?*

Entiéndase la enormidad de lo afirmado: lo que el fiscal solicitaba de “su” superior, era que obligue al funcionario imputado a que “se inculpe” con su declaración, es decir quedar relevado de incorporar al proceso la prueba de cargo que le corresponde y así obviar su producción. No debe olvidarse que el imputado goza de un estado de inocencia, él no debe probar nada porque *es inocente*. En cambio es el fiscal que tiene la obligación de desvirtuar dicho estado: luego la prueba pesa en cabeza del último. Lo que el fiscal demandaba era transformar la declaración del imputado de un medio de defensa en un medio de prueba. Para ello no encontró mejor forma que solicitar “ayuda” al superior.

Seguramente el fiscal Delfidio no contó con la impiadosa respuesta del emperador quién a modo de reproche por su ineptitud, sabiendo que el proceso se aniquilaría pero y sobre todo, para no pasar ante la historia como un perseguidor de ciudadanos sin cargo o prueba alguna, le espetó ásperamente a su esbirro, negándole la limosna de celebridad que el fiscal imploraba como pergamino por su “lealtad”. A modo de digna muestra de virtud de la que tanto el anterior como el César seguramente carecían (por ello el reconocimiento pos-

trero de la historia como “apóstata”), le dijo en un vano intento por sublimarse: *¡Pero Delfidio! si basta con acusar ¿dónde habrá un inocente?*²⁶

Sin embargo puede extraerse alguna utilidad de lo sostenido por el emperador (más allá de la conveniencia personal que implicaba su postura). Es decir que con dicho discurso, el ejecutivo (que se encontraba administrando justicia), incorporó sin saberlo una regla inmutable a través de los tiempos, que deriva en el principio garantista contra la autoincriminación: es el acusador público (el propio fiscal) el que debe acusar y nunca el propio imputado acusarse, porque no puede quedar en manos del último la producción de los elementos de cargo que se van a introducir al proceso que se lleva precisamente en su contra.

Es eso lo que debe entender el lector: la reforma dada por la Ley N° 25188 es solo un principio de lo que puede llegar a suceder con una amalgama resultante de un gobernante autoritario con leyes inconstitucionales: el de llegar a penar el pensamiento y presentar ante la sociedad “víctimas propiciatorias” (lo que Sancinetti llama “el mito de la auto dignificación indirecta”, “El Delito ...”, p. 17 y ss.) con tal de contentar a la opinión pública, aún cuando se trate de personas culpables del delito del art. 268° (2) o de cualquier otro, o lo que es peor aún: de inocentes, pero donde la prueba de cargo siempre es aportada por el imputado y no por el Estado, generando un proceso viciado de nulidad absoluta e insanable (por lo menos así debería ser en un real y verdadero estado de derecho y no en remedos de republiquetas). Entre tanto, los otros verdaderos delincuentes siguen caminando en la sociedad sin mácula alguna, pululando frente a la ortodoxia. La frase de Fontán Balestra lo define, cuando resignándose a las objeciones respecto de la constitucionalidad del artículo culminó aseverando amargamente y patéticamente: “¡lo perfecto es enemigo de lo bueno!”²⁷

²⁶ Relato efectuado por el historiador Ammianus Marcellinius, citado por Kornel Zoltán Méhéz. En *El Mundo Clásico*. Universidad Nacional del Nordeste. 1973. p. 41. Por ello es que la historia nos enseña que el magistrado debe estar absolutamente incontaminado de cualquier influencia extraña en la apreciación de los hechos y aplicación del derecho: únicamente debe basarse en el principio de la sana crítica racional y la independencia funcional de cualquier otro poder. El historiador fustigaba severamente a los que intentan corromper al juez, pero no a través del dinero, sino por medio de la palabra y expresaba: “Por mi parte encuentro a estos últimos corruptores más peligrosos y culpables que los primeros, porque el oro no tiene influencia en el juez probo, mientras que la elocución puede seducirle”, del autor citado “Advocatus Romanvs”. Zavalía. 1971. p. 154. Nota N° 164. Preclaro ejemplo de la debilidad humana porque como dice el apotegma inmemorial: no es el cargo el que honra al hombre sino es este el que enaltece al primero.

²⁷ Fontán Balestra, Carlos, *Tratado de Derecho Penal*. T. V. Abeledo Perrot, 1971., p. 236 y ss.

Pero no es nuevo que se llegue a penalizar el hablar y que sea considerado un delito. Sin embargo, es eso lo que se legisló con la reforma al art. 268° (2) CP. Y si el legislador penal admite que se puede declarar autoincriminándose en violación de la norma constitucional, ¿qué se puede esperar de ahí en más? Por eso sostengo la urgencia de la reforma, para que las garantías constitucionales sean efectivamente operables y aplicadas a todos los justiciables sin distinción, porque no puede una ley estar por encima de la Norma Fundamental y menos aún que desconozca la constitución lógico-jurídica.

Y es que la república se fundamenta en un gobierno y leyes *con fuerza*, pero nunca en un gobierno y leyes *de fuerza*. De lo contrario, tal vez volvamos a escuchar la vieja y conocida historia en la que primero se castigó un hecho, después la evocación de la palabra... y finalmente hasta el pensamiento: “Era Ley en Roma después que Augusto llegó a ser emperador, que era posible arrestar a la gente por obscenidad (...). ¡Tácito relata que entonces comenzó a ser obsceno criticar al Emperador!”²⁸

De la norma sancionada a lo último hay solo un paso. Después será demasiado tarde.

Y es que existe un principio más alto que el de no declarar contra sí mismo, no dar armas al adversario contra sí, no acusarse, traicionarse, denunciarse, ni incriminarse a sí mismo en una declaración. Dicho principio tiene por base la esencialidad misma del hombre como ser finito y merced de los errores que le son propios en su condición de tal. Este no es otro que el que se origina de la dependencia a una deidad, cualquiera sea la denominación que se le dé, ya que sobre esta, no pueden sobreponerse las imperfectas elaboraciones del hombre que menoscaban más tarde o más temprano la dignidad del ser humano. Es necesario tenerlo presente en todo momento, para no desechar una y otra vez a las remanidas pero simples y preclaras ideas que aún no son admitidas por muchos. Conocemos las consecuencias.

El principio dice simplemente así: *Acusare nemo se debet nisi coram deo*.²⁹

²⁸ Colautti, Carlos H. “Una Acertada Disidencia”. LL, 1989-C, 392. El autor refiere las palabras pronunciadas por Hugo Blak, juez de la Corte Suprema de Justicia de EE.UU.

²⁹ Nadie está obligado a acusarse a sí mismo sino ante Dios.