

ESTUDIOS SOBRE
JURISPRUDENCIA

2018

6. ANÁLISIS CONSTITUCIONAL DEL ARTÍCULO 268 (2) DEL CÓDIGO PENAL A LA LUZ DEL CASO “ALSOGARAY”

Gabriel Marnich

RESUMEN

Este artículo afronta un estudio constitucional del artículo 268 (2) del Código Penal con base en la sentencia dictada en el caso “Alsogaray” de la Sala IV de la CFCP. En particular, se reflexiona acerca del modo en que la norma mencionada pone en tensión los principios de legalidad, lesividad e inocencia.

VOCES

Enriquecimiento ilícito. Interpretación de la ley. Principio de legalidad. Principio de lesividad.

6. ANÁLISIS CONSTITUCIONAL DEL ARTÍCULO 268 (2) DEL CÓDIGO PENAL A LA LUZ DEL CASO “ALSOGARAY”

Gabriel Marnich

▶ **ÍNDICE**

1. *Introducción*
2. *Tesis comisiva vs. tesis omisiva en el caso “Alsogaray”*
3. *Bases para una interpretación correcta del tipo penal*
 - a) *Principio de legalidad*
 - b) *Principio de lesividad*
 - c) *Inversión de la carga de la prueba: principio de inocencia*
4. *Conclusión*

1. INTRODUCCIÓN

El artículo 268 (2) del Código Penal es deficiente y existe un arduo debate doctrinario acerca de su constitucionalidad. Con base en el caso “Alsogaray”¹, voy a analizar las inconsistencias del tipo penal en estudio y que generan la sospecha acerca de su validez constitucional.

Es importante dejar en claro que el presente trabajo no busca razonar acerca de si el enriquecimiento ilícito de los funcionarios públicos debe ser o no penado en la Argentina, sino alertar respecto de la manera en que se proyecta la acción típica en el art. 268 (2) del Código Penal. Por eso, el análisis que propongo debe despojarse de la coyuntura socio-cultural en la que la acción pretende ser penalizada, pues de lo contrario podríamos caer en falsas disyuntivas.

2. TESIS COMISIVA VS TESIS OMISIVA EN EL CASO “ALSOGARAY”

El Tribunal Oral en lo Criminal Federal Nro. 4 de la Capital Federal, luego de rechazar el planteo de inconstitucionalidad del artículo 268 (2) del Código Penal, efectuado por la Defensa Oficial, condenó a María Julia Alsogaray, a la pena de tres años de prisión, inhabilitación absoluta durante el plazo de seis años y costas procesales, por considerarla autora penalmente responsable del delito de enriquecimiento ilícito, y dispuso, asimismo, el decomiso de U\$S 500.000 y \$ 622.000. Contra dicha decisión, la señora Defensora Pública Oficial, Pamela Bissierier, interpuso los recursos de casación e inconstitucionalidad.

La Defensa criticó la interpretación del Tribunal Oral, que consideró que el delito de enriquecimiento ilícito se consumaba con la acción de enriquecerse, por sobre la tesis que plantea que la redacción del artículo 268 (2) del CP encierra una única posible, y es que la conducta punible es la no justificación por parte del funcionario de su enriquecimiento

¹ CFCEP, Sala IV. Causa N° 4787. Reg. N° 6674.4. 9/6/2005.

Referencia Jurídica e Investigación

Secretaría General de Capacitación y Jurisprudencia

patrimonial, a partir de la que la asistencia técnica de Alsogaray desarrolló entonces, su reproche constitucional a la figura penal en cuestión.

La Sala IV de la Cámara Federal de Casación Penal, selló la cuestión afirmando que el tipo penal analizado era de comisión y que el delito se configuraba con la acción de enriquecerse patrimonialmente de manera apreciable e injustificada durante el ejercicio de la función pública.

El juez Hornos, en primer lugar, construyó su tesis a partir de un análisis del bien jurídico protegido, por lo que luego de recordar que este delito integraba el Título 11 denominado “Delitos contra la Administración Pública”, refirió que:

...se resguarda el interés público por las cualidades que deben poseer los funcionarios públicos, de probidad, desinterés, capacidad, competencia, disciplina, reserva, imparcialidad, fidelidad, que se traducen en el desempeño de su labor, que se pretende ordenada, decorosa y eficaz; protegiéndose asimismo, la seguridad y libertad que el ejercicio de la actividad pública, administración, requiere, mediante el respeto recíproco de las relaciones que se generan entre la Administración y los particulares...

Pero, además de destacar los alcances del bien jurídico protegido, resaltó que:

El criterio fundamental que guió la sanción de esa norma (16.648) fue que la seguridad del Estado no se asienta “en la irrazonable represión de los gobernados” sino “en la severa custodia de los titulares del ejercicio de la función pública” (cfr. Mensaje del Poder Ejecutivo –del 21/04/64– al Honorable Congreso de la Nación, Debate de la ley 16.648, p. 3607) quienes tienen un deber cualificado que les es propio.

Paralelamente, el referido sentenciante ahondó en la supuesta dificultad para comprobar el origen ilícito del enriquecimiento, noción que según las citas efectuadas, subyacía en las bases del proyecto de ley.

Así, para el juez Hornos

...el delito se configura entonces con la acción de enriquecerse patrimonialmente de manera apreciable e injustificada durante el ejercicio de la función pública, quebrando asimismo la rectitud requerida en la función. Pero esta injustificación [...] no es por definición, la que proviene del funcionario cuando es requerido para que justifique ese enriquecimiento, sino la que resulta en principio de la comprobación –en base a las pruebas colectadas en el juicio– de que no encuentra sustento en los ingresos legítimos del sujeto, es decir, sin justa causa comprobada. De modo que no se castiga sobre la base de una presunción, sino por el hecho cierto y comprobado de que el funcionario se enriqueció durante el ejercicio de la función pública de modo apreciable e injustificado.

Por su parte, el juez David refirió que

...la acción típica consiste en enriquecerse de modo apreciable e injustificado, lo ilícito, lo que la ley prohíbe, es precisamente acrecentar el patrimonio de manera desproporcionada en relación con los ingresos legítimos del funcionario. Es en esa “desproporción” en donde radica lo indebido del enriquecimiento. Es por ello que, por

ejemplo, **no habrá tipicidad si logran demostrar, el fiscal o la defensa, la causa lícita de tal enriquecimiento, esto es, su origen legítimo.**

El referido magistrado afirmó, a continuación, que:

[e]l tipo subjetivo es claramente doloso, y entonces, se le exigirá al agente haber sabido los elementos típicos al momento de la consumación, esto es que se estaba enriqueciendo de manera apreciable y que este enriquecimiento *no estaba originado en ingresos legítimos* (el resaltado me pertenece).

La jueza Berraz de Vidal, también a partir de la concepción de bien jurídico protegido, refirió que la acción típica consistía: “en el enriquecimiento patrimonial apreciable e injustificado en el transcurso del desempeño de un cargo público”.

Los jueces de la Sala IV reconocieron en su sentencia que el tipo penal en cuestión pecaba por su defectuosa redacción y que en la opinión de quienes concibieron esta figura se vislumbraba la intención de crear un tipo penal que permitiese castigar los casos de “enriquecimiento ilícito”, aún pese a las dificultades probatorias que pudieren presentarse.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, al expedirse sobre este caso, se remitió al dictamen del Procurador General y declaró improcedente el Recurso Extraordinario Federal que presentó la Defensa Oficial. Por su parte, y en lo pertinente, la máxima autoridad del Ministerio Público Fiscal había dicho que los agravios de la Defensa provenían de la

...interpretación del art. 268 (2) como figura de omisión [...] mientras que la sentencia impugnada, tras considerar las diversas cuestiones introducidas, concluyó, con razonable sustento, que se trata de un delito de comisión.

Por tal motivo, el Procurador entendió que la cuestión remitía a la interpretación de una norma de derecho común ajena a la jurisdicción de la Corte (Fallos: 331:2799).

Ahora bien, la tesis comisiva esbozada por el tribunal de casación, y que según el Procurador –a cuyo dictamen remitió la CSJN–, gozaba de razonable sustento, se apoyó, en rigor, en las características del bien jurídico protegido y en las cualidades que debieran poseer los funcionarios públicos que administran los bienes del Estado.

3. BASES PARA UNA INTERPRETACIÓN CORRECTA DEL TIPO PENAL

Desde ya, comparto lo dicho en la sentencia sobre las implicancias de la corrupción y los alcances de la ética en materia de administración pública, sin perjuicio de lo cual, estimo que la respuesta jurisdiccional relajó los principios y garantías constitucionales en materia de derecho penal a la hora de evaluar la estructura típica.

En efecto, el principio de legalidad exige la máxima taxatividad legal, en función de lo cual, el tipo penal cumple una función reductora del ejercicio del poder punitivo, cuya construcción proporciona el ámbito máximo de lo prohibido. Es decir que el tipo penal delimita el marco dentro del cual interactúan los principios rectores del sistema penal; y se compone, a su vez, de elementos que la doctrina tradicional los define como descriptivos y normativos.

Referencia Jurídica e Investigación

Secretaría General de Capacitación y Jurisprudencia

Entonces, el *pragma* –al decir de Zaffaroni, Alagia y Slokar (2008, 415-6)– habrá de desentrañarse de la propia descripción efectuada en el tipo penal, teniendo en cuenta, asimismo, sus elementos integradores. Por supuesto, el análisis no se agota con la descripción objetiva de la conducta en el tipo penal, ni es correcta la aplicación de la sanción a partir de un juicio de subsunción; ello no implica, sin embargo, que la interpretación acerca de la conducta prohibida se despoje completamente de los lineamientos ahí previstos, ni que su existencia pierda sentido y eficacia.

En este sentido, la Corte Suprema de Justicia de la Nación *in re*: “Acosta”, sostuvo que:

*[q]ue para determinar la validez de una interpretación, debe tenerse en cuenta que la primera fuente de exégesis de la ley es su letra (Fallos, 304:1820; 214:1849), a la que no se le debe dar un sentido que ponga en pugna sus disposiciones, sino el que las concilie y conduzca a una integral armonización de sus preceptos (Fallos, 313:1149; 327:769). Este propósito no puede ser obviado por los jueces con motivo de las posibles imperfecciones técnicas en la redacción del texto legal, las que deben ser superadas en procura de una aplicación racional (Fallos, 306:940; 312:802), cuidando que la inteligencia que se le asigne no pueda llevar a la pérdida de un derecho (Fallos, 310:937; 312:1484). Pero la observancia de estas reglas generales no agota la tarea de interpretación de las normas penales, puesto que el principio de legalidad (art. 18 de la Constitución Nacional) exige priorizar una exégesis restrictiva dentro del límite semántico del texto legal, en consonancia con el principio político criminal que caracteriza al derecho penal como la última ratio del ordenamiento jurídico, y con el principio *pro homine* que impone privilegiar la interpretación legal que mas derechos acuerde al ser humano frente al poder estatal (Fallos, 331:858, el destacado me pertenece).*

En la misma línea, la profesora Lucila Larrandart, en su rol de juez del Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 1 de San Martín refirió:

[c]onsidero que el tipo penal descrito en el tercer párrafo del art. 189 bis se refiere explícitamente a la tenencia de “armas de guerra”, es decir utiliza el plural para referirse al objeto prohibido. Y tratándose de la tipicidad, es decir del principio de legalidad, no cabe la interpretación extensiva ni analógica, por lo cual ha de estarse a la interpretación gramatical de los elementos que exige la figura citada (causa N° 2192 “Rivero y otros”, registro N° 13 del tribunal citado, el destacado me pertenece).

De ahí que, en nuestro caso, sea incorrecto hipotetizar a partir del núcleo ético de la norma y los fines político-criminales, que la conducta reprimida supone enriquecerse de forma apreciable e injustificada, pues ello no resulta estrictamente de la descripción del tipo penal. Una interpretación de esta naturaleza vacía de contenido la norma en cuestión. En efecto, el artículo en cuestión reza:

[s]erá reprimido con [...] el que al ser debidamente requerido, no justifique la procedencia de un enriquecimiento patrimonial apreciable suyo o de persona interpuesta para disimularlo, ocurrido con posterioridad a la asunción de un cargo o empleo público y hasta dos años después de haber cesado en su desempeño.

La noción de bien jurídico del que echa mano el juzgador es una herramienta legítima para la interpretación de los tipos penales pero no para ampliar el margen del poder punitivo en caso de figuras típicas defectuosas. Por el contrario, tal como sostiene Luigi Ferrajoli

Referencia Jurídica e Investigación

Secretaría General de Capacitación y Jurisprudencia

...una teoría del bien jurídico no puede casi nunca decirnos positivamente –y además no serviría de nada que nos lo dijera– que una determinada proposición penal es justa en cuanto protege un determinado bien jurídico. Puede ofrecernos únicamente una serie de criterios negativos de deslegitimación –que no son sólo la irrelevancia o evanescencia del bien tutelado sino también la desproporción con las penas previstas, la posibilidad de una mejor protección con medios no penales, la inidoneidad de las penas para lograr una tutela eficaz, o, incluso, la ausencia de lesión efectiva a causa del comportamiento prohibido– para afirmar que una determinada prohibición penal o la punición de un concreto comportamiento prohibido carecen de justificación, o que esta es escasa. Pero, por otra parte, esto es todo lo que se pide a la categoría del “bien jurídico”, cuya función de límite o garantía consiste precisamente en el hecho de que la lesión de un bien debe ser condición necesaria, aunque nunca suficiente, para justificar su prohibición y punición como delito (2009, 471).

En nuestro caso, como anticipé, la jurisdicción elaboró su tesis a partir del bien jurídico que protegería la norma, pero su aplicación, además de permitir la filtración del poder punitivo en un ámbito que le estaba vedado, le quitó sentido y trascendencia a la descripción típica del artículo estudiado, con directa repercusión en principios y garantías constitucionales que serán detallados más adelante.

¿Para qué si no, se previó la audiencia de requerimiento, por ejemplo? Para resguardar el derecho de defensa del imputado, dicen algunos, como si se tratase de una “chance” que tiene para defenderse. ¿Pero no es acaso la audiencia del art. 294 del Código Procesal Penal de la Nación la prevista a tal fin? Este es un acto procesal provisto de numerosas garantías para el imputado, como por ejemplo la prohibición de declarar contra sí mismo, o más bien negarse a declarar, cuyo evento no puede evaluarse en su contra. En esos términos, si pensamos que la figura que tratamos es un delito de comisión, la supuesta audiencia del art. 268 (2) C.P. a la que se alude carece de relevancia jurídica.

¿Para qué se introdujo, entonces, el elemento “no justificare”? Si, como dijo la Cámara, la falta de justificación

...no es la que proviene del funcionario cuando es requerido para que justifique ese enriquecimiento, sino la que resulta en principio de la comprobación –en base a las pruebas colectadas en el juicio– de que no encuentra sustento en los ingresos registrados del agente; y, en definitiva, cuando ese aumento del patrimonio excede crecidamente y con evidencia las posibilidades económicas provenientes de los ingresos legítimos del sujeto, es decir, sin justa causa comprobada.

En la sentencia, se dijo que: “[l]a cláusula del debido requerimiento y de la no justificación, sólo pueden entenderse como requisitos establecidos en exclusivo resguardo del derecho de defensa en juicio...”.

De este modo, el tipo penal es superfluo, ya que la interpretación jurisdiccional lo desguarnece y lo deja casi sin elementos; y sustenta la respuesta punitiva exclusivamente en la idea de bien jurídico que pregona. Sin embargo, la acción típica (los elementos del tipo), aquella que debiera ser conocida por la persona, como necesario antecedente del reproche penal, no está descripta taxativamente en la norma.

a) Principio de legalidad

En consecuencia, podemos afirmar, *en primer lugar*, que existe una indeterminación en la norma en relación a cuál sería la conducta prohibida; no sólo por lo dicho hasta aquí, sino porque además, tal como refiere Marcelo Sancinetti, “enriquecerse” no es un comportamiento, sino que es el resultado de la comparación entre el estado patrimonial en el momento 1 y el estado patrimonial en el momento 2;

...esto constituye, naturalmente, un “hecho jurídico” en el sentido del Código Civil, pero no un “hecho” en el sentido del Derecho Penal de acto (acción u omisión punible), porque el incremento patrimonial puede producirse sin ninguna conducta (2004, 27-28).

Además, si el enriquecimiento patrimonial apreciable puede estar o no justificado, y sólo en este último caso la *conducta* es penalmente relevante, pareciera que el núcleo de lo prohibido se centra, más que en el incremento patrimonial apreciable, en el verbo “justificar”. Y esa justificación o su omisión, no puede depender de un dato objetivo de la realidad, como sería la comparación del patrimonio de la persona con sus “ingresos legítimos” durante su desempeño como funcionario –como dijeron los sentenciantes–, sino que debe provenir de una conducta concreta de la persona, en tanto antecedente necesario de un reproche penal.

Por lo tanto, ni el *enriquecimiento* ni la falta de justificación *objetiva* son acciones para el derecho penal. El enriquecimiento es consecuencia, efecto y/o resultado de una acción concreta del agente y es esta última precisamente la que no está delimitada en el núcleo típico, de acuerdo con la interpretación de la norma efectuada por los sentenciantes. Zaffaroni et al han referido, en este sentido, que: “el concepto jurídico-penal de acción que se postula podría señalarse como un comportamiento humano (por ende, conforme a sentido), que se exterioriza con efectos en cierto contexto mundano” (2008, 421); y en relación con la falta de justificación objetiva, la propia categoría lo confirma, y en el caso, tampoco sería legítimo constituirla como una *condición objetiva de punibilidad*, por afectación el principio de culpabilidad. En este sentido, los mencionados autores sostuvieron que:

[L]a ubicación de particulares elementos del tipo penal como pretendidas condiciones objetivas de punibilidad no sólo genera graves confusiones, sino que se corre el riesgo de introducir por esta vía, supuestos de responsabilidad objetiva, al sustraerlas del conocimiento o de su posibilidad por parte del autor. Lo cierto es que cualquiera fuese la posición que se les conceda (en una zona neutra, fuera del tipo o del delito [...]), al no requerirse que sean abarcadas por el conocimiento, la voluntad ni la previsibilidad, representan una severa restricción al principio de culpabilidad y, por ende, resultan de difícil compatibilización constitucional [...] Incluso los propios defensores de la existencia de estas supuestas condiciones objetivas de punibilidad, reconocen que eventualmente son usadas para penar sin culpabilidad, por lo que es preferible proclamar su inexistencia, pues constituyen verdaderos casos de ausencia de delito (2008, 878).

b) Principio de lesividad

Paralelamente, aun cuando no estemos de acuerdo con la crítica desarrollada hasta aquí referida a la indeterminación de la norma, estimo que tampoco es posible despojarse de las causas de ese enriquecimiento patrimonial apreciable, ya que, desde la óptica del principio de lesividad, sólo su origen ilícito podría acarrear, eventualmente, reproche penal. De ese modo, el enriquecimiento patrimonial apreciable e injustificado, en los términos que propone la Sala IV de la CNCP podrá acarrear, si se quiere, otro tipo de responsabilidad, pero no penal.

Por eso, entiendo que la postura de los jueces Hornos y Berraz de Vidal, en tanto no requieren la constatación de esa ilicitud, pierde de vista el principio aludido. Así, tal como refieren los autores citados, “[l]a Constitución exige que los tipos abarquen acciones conflictivas (art. 19), o sea, un hacer algo humano que lesione a otro” (Zaffaroni et al 2008, 416). Agregan, asimismo, que

...la construcción de la tipicidad objetiva no debe perseguir sólo la función de establecer el pragma típico sino también la de excluir su tipicidad cuando no media conflictividad, como requisito o barrera infranqueable a la irracionalidad del poder punitivo, toda vez que de no existir la conflictividad como carácter del pragma típico no sería tolerable ningún ejercicio del poder punitivo (art. 19 CN) (483).

Se deduce pues que para que haya lesión al bien jurídico protegido y, por ende, una reacción del Derecho Penal, debería constatarse previamente, el origen ilícito del incremento patrimonial apreciable.

La descripción de bien jurídico al que aluden los sentenciantes campea el terreno de la moral (la ética del funcionario), y en este sentido, han dicho aquellos autores que:

[c]omo consecuencia del principio de lesividad, el estado no puede imponer una moral, o sea que el estado paternalista –inmoral– queda excluido por imperio del art. 19 constitucional. En consecuencia, no es admisible la moral como bien jurídico; por el contrario, el ámbito de autonomía moral es, sin duda, un bien jurídico protegido constitucional e internacionalmente (490).

c) Inversión de la carga de la prueba: principio de inocencia

El juez David, por su parte, si bien no lo dijo expresamente, aplicó una presunción en este sentido, ya que tal como transcribí más arriba, el referido magistrado entendió que:

[e]l tipo subjetivo es claramente doloso, y entonces, se le exigirá al agente haber sabido los elementos típicos al momento de la consumación, esto es que se estaba enriqueciendo de manera apreciable y que este enriquecimiento **no estaba originado en ingresos legítimos**.

Por ende, si para que su conducta sea ilícita, el funcionario debió conocer que su enriquecimiento no se originaba en ingresos legítimos, el juez David, elípticamente, estaría asegurando, entonces, que aquel proviene de ingresos ilegítimos. Guillermo Jorge destacó que:

[c]omo “a modo ilustrativo” sugirió el Dr. David en su voto en Casación, el tipo penal contiene una presunción sobre el origen del incremento patrimonial. En otras palabras, si la acusación prueba la diferencia patrimonial y el imputado opta por guardar

Referencia Jurídica e Investigación

Secretaría General de Capacitación y Jurisprudencia

silencio, el tribunal, para condenar, deberá presumir el origen ilícito de los bienes. De otro modo, en la interpretación del tipo aceptada por la Corte, tampoco habría afectación al bien jurídico (2010, 29).

Sin embargo, como ya se ha referido, el enriquecimiento patrimonial apreciable pudo haber provenido de una causa legal pero privada. En ese caso, el funcionario conoce que el dinero proviene de causas legítimas, sin perjuicio de lo cual, frente a su silencio, podrá ser de todos modos condenado por esta figura. En consecuencia, es claro que en el argumento del sentenciante subyace una presunción de ilicitud que invierte la carga de la prueba, en perjuicio del principio de inocencia y, eventualmente, de la garantía de no autoincriminación.

Es que, tal como referí más arriba, se parte de un presunto resultado, en sí mismo, insusceptible de reproche penal, cual es la existencia de un progreso económico, un enriquecimiento patrimonial apreciable en cabeza de un funcionario público, y a partir de allí, lo que se incrimina es la falta de justificación objetiva de su procedencia, basada en la mera comprobación entre aquel resultado y los ingresos conocidos del funcionario. Por lo tanto, en la medida en que dicha fórmula no representa una afectación al principio de lesividad, se estaría encubriendo dentro de sí, una presunción de ilicitud, es decir, las causas ilícitas de ese incremento patrimonial apreciable. Así, a tenor de la fórmula empleada en el texto legal vigente, la persona se encuentra compelida a justificar la procedencia del enriquecimiento patrimonial en oportunidad de ser requerida, pues en caso contrario, se lo considerará incurso en el delito de enriquecimiento ilícito, bajo aquella otra presunción.

Calificada corriente doctrinaria y jurisprudencial, sin embargo, arriba a la conclusión de que no se da la colisión mencionada porque el cumplimiento de un deber sustancialmente adquirido por el manejo de los fondos públicos confiados al funcionario, en relación con sus funciones, no puede permitir alegar la violación de la presunción de inocencia que consagra el art 18 CN; y agrega Sebastián Soler (1996) que la acción típica del art. 268 (2) CP supone una actitud dolosa, un abuso funcional del cargo que ocupa y que desplaza la presunción de inocencia por cuanto se impone la necesidad de subrayar la existencia de deberes a los que está obligado el funcionario en la administración de los fondos públicos.

Al revés de lo que se propugna, estimo, que suponer como premisa, que el funcionario actuó dolosamente y que tiene un deber impuesto meramente por su calidad de funcionario, sin que fuese menester acreditar los extremos antedichos, vulnera el principio de inocencia, que no admite excepciones.

También se ha dicho que el deber del funcionario es similar al de quien debe responder por bienes de terceros. Sin embargo, tal como refiere Marcelo Sancinetti, en la figura de enriquecimiento ilícito

...no está en juego un “faltante” en los bienes cuya custodia el Estado ha puesto en manos del funcionario. En todo caso, al contrario, estará en juego un “sobrante” en el patrimonio del funcionario, sin que se sepa el origen del incremento (2004, 31).

Ahora bien, justamente por esto, tanto Canadá como Estados Unidos hicieron sus reservas para la incorporación a sus respectivos ordenamientos de la figura contenida en el art. IX de la Convención Americana contra la Corrupción, tratado que, además, a diferencia de los que prevé el art. 75, inc 22 CN, no posee jerarquía constitucional.

En Costa Rica, la figura estaba consagrada en el art. 26 de la ley N° 6872 y fue declarada inconstitucional por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de ese país en la acción de inconstitucionalidad N° 842-9-90, en la que se alegó vulneración de normas de la Constitución Costarricense, de la Declaración Universal de Derechos Humanos, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y de la Convención Americana de Derechos Humanos. Se tachó la norma de irrazonable, arbitraria y desproporcionada.

4. CONCLUSIÓN

La corrupción de funcionarios públicos es un tema que preocupa a la sociedad argentina en general. Desde siempre, ha sido un tema sobre el cual se ha debatido en los medios de comunicación e, incluso, los propios funcionarios alarman permanentemente sobre presuntos casos de corrupción, debates que fueron instalando una temática de la que todos hablan, pero sobre la que no se conocen resultados concretos notables.

Esto debe llevarnos a repensar la política implementada en la materia y, particularmente, si el cumplimiento de las obligaciones internacionales asumidas por el Estado argentino en la Convención Interamericana contra la Corrupción, por ejemplo, quedan cubiertas con legislación de normas penales como las que tratamos aquí o, si, por el contrario, establecen mecanismos eficientes de control, equipos técnicos de investigación independientes del poder político, independencia del Poder Judicial, educación cívica y, en definitiva, el fortalecimiento y revalorización de las instituciones, lo que debiera garantizar el Estado, en resguardo de los intereses de la sociedad.

Estimo pues, que en materia de corrupción, el sistema judicial –no sólo el Poder Judicial– y sus operadores deben hacer hincapié en la prevención e investigación de delitos que refieran a hechos concretos como podrían ser, sólo a modo de ejemplo, la malversación de caudales públicos, cohecho y tráfico de influencias, negociaciones incompatibles con el ejercicio de la función pública y exacciones ilegales, todo lo cual sería posible –o al menos habría mayor cobertura–, si se instauran mecanismos como los mencionados más arriba.

Ello demostraría, a mi criterio –con resultados más favorables a los actuales–, un verdadero compromiso por la temática en cuestión, y significaría, a su vez, una fuerte apuesta por el sistema democrático y republicano de gobierno.

Sin perjuicio de lo expuesto hasta aquí, estimo que el enriquecimiento patrimonial apreciable e injustificado durante la gestión del funcionario público podría generar, a todo evento, otro tipo de responsabilidad, pues el desenlace penal, requiere, *en la actualidad*, rediseñar la estructura típica.

BIBLIOGRAFÍA

Caballero, José Severo. 1997. “El enriquecimiento ilícito de los funcionarios públicos y empleados públicos (después de la reforma constitucional de 1994)”. *Revista Jurídica La Ley*, 1997-A,793.

Creus, Carlos. 1998. *Derecho Penal Parte Especial, T. 2*. Buenos Aires: Ed. Astrea.

De Luca, Javier y Julio E. López Casariego. 2000. “Enriquecimiento ilícito y Constitución Nacional”. *Revista Jurídica La Ley*, 2000-A, 249

Donna, Edgardo Alberto. 2001. *Derecho Penal Parte Especial, T. III*. Santa Fe: Ed. Rubinzal Culzoni.

Ferrajoli, Luigi. 2009. *Derecho y Razón, Teoría del Garantismo Penal*. Madrid: Ed. Trotta.

Gelli, María Angélica. 2008. *Constitución de la Nación Argentina, Comentada y Concordada*. Buenos Aires: Ed. La Ley.

Jorge, Guillermo. 2010. Enriquecimiento ilícito: el silencio de la Corte y las opiniones del Congreso. En: *Jurisprudencia Penal de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*. Tomo 9. Leonardo Pitlevnik (dir.). Buenos Aires. Ed. Hammurabi.

Sancinetti, Marcelo. 2004. *El delito de enriquecimiento ilícito de funcionario público –art. 268, 2, C.P.–*, Buenos Aires: Ed. Ad. Hoc.

Soler, Sebastián. 1996. *Derecho Penal Argentino, actualizado por Manuel Bayala Basombrio, Tomo V*. Buenos Aires: Tea.

Zaffaroni, Eugenio; Alejandro Alagia y Alejandro Slokar. 2008. *Derecho Penal, Parte General*. Buenos Aires: Ed. Ediar.