

Voces:

DELITO ~ ENRIQUECIMIENTO ILICITO DE FUNCIONARIOS PUBLICOS ~ FUNCIONARIO PUBLICO ~ NON BIS IN IDEM

Tribunal: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal, sala I(CNFedCrimyCorrec)(SalaI)

Fecha: 07/12/2009

Partes: Alsogaray, Maria Julia

Publicado en: La Ley Online;

Cita Online: AR/JUR/54223/2009

Hechos:

En un proceso en donde se investigaba el cobro de sobresueldos por parte de una funcionaria pública y la distribución de fondos reservados entre sus colaboradores, el juez de primera instancia rechazó la excepción de falta de acción deducida por la defensa. Esta parte interpuso recurso de apelación, aduciendo que la investigación afectaba el principio de non bis in idem, debido a la condena por el delito de enriquecimiento ilícito que había recaído sobre su defendida, en donde se había considerado injustificado su incremento patrimonial por el cobro de sobresueldos. La Cámara de Apelaciones -por mayoría- confirmó la resolución impugnada.

Sumarios:

1. Desde su propia génesis, la figura del enriquecimiento ilícito, prevista en el art. 268 (2) del Cód. Penal es reconocida como alternativa de otra u otras -en el caso, se analizaba si la investigación por el cobro de sobresueldos por parte de una funcionaria pública afectaba el principio de non bis in idem, con respecto a la condena que sufriera por el delito de enriquecimiento ilícito—, incluso para quienes la caracterizan como un tipo omisivo doloso, dado que si los órganos del Estado a cargo de la persecución penal debieran acreditar la efectiva ilicitud del origen de los fondos empleados para acrecentar el patrimonio del funcionario o empleado público, el enriquecimiento ilícito sería automáticamente desplazado por la figura específica de que se trate.
2. Si la funcionaria pública fue condenada por la conducta de haber acrecentado su patrimonio con fondos de cuentas presupuestarias de gastos reservados, cuya recepción fue reputada ilícita por el tribunal sentenciante, subsumiéndose dicho obrar en el tipo legal del enriquecimiento ilícito de funcionario público, la supuesta sustracción de los fondos públicos por la que es enjuiciada actualmente, es la misma por la que oportunamente recibió condena, quebrantándose el principio constitucional del non bis in idem —en el caso, no se hizo lugar a la excepción de cosa juzgada planteada por la defensa por resultar prematura la decisión respecto de otros tramos de la imputación—.
3. Atento a que la imputada, al ser condenada como autora del delito de enriquecimiento ilícito, fue sancionada por haber acrecentado apreciablemente su patrimonio personal con bienes de origen ilícito, sólo quedaron atrapados en dicha atribución los dineros correspondientes a partidas de gastos reservados que ingresaron en su activo, pero no así la conducta de haber distribuido entre algunos de sus colaboradores parte de los fondos correspondiente a dichas partidas —en el caso, no se hizo lugar a la excepción de cosa juzgada planteada por la defensa, debido a que la investigación se encontraba en una etapa preliminar y resultaba prematura—, no advirtiéndose que se encuentre protegida, esta conducta, por la garantía que veda al Estado la doble persecución penal.
4. Corresponde confirmar la resolución que rechazó la excepción de falta de acción deducida por la defensa, con fundamento en que se estaría quebrantando la garantía de non bis in idem por la investigación del cobro indebido de sobresueldos provenientes de fondos de gastos reservados, cuando ya fue condenada como autora del delito de enriquecimiento ilícito, por considerar ilegítimo dicho incremento patrimonial, pues no es posible afirmar que la otra conducta que se le reprocha a la acusada, esto es, haber distribuido entre alguno de sus colaboradores parte de las partidas de fondos reservados, sea comprensiva de su incremento patrimonial apreciable, al menos cuando no parece haber ingresado en su activo y no puede afirmarse con precisión si los actos fueron únicos (del voto del doctor Filozof).
5. La conducta de la funcionaria pública de haber cobrado mensualmente distintas sumas de dinero, provenientes de partidas presupuestarias asignadas a gastos reservados y el haber distribuido entre los funcionarios públicos de su cartera sumas de dinero provenientes de dichas partidas, no son hechos autónomos e independientes, sino que se trata de distintas modalidades de aportar a la ejecución de un mismo y único hecho ilícito, en cuya comisión ha intervenido un importante número de funcionarios públicos y que se ha desarrollado durante un largo período de tiempo, existiendo, por ende, superposición entre los objetos procesales de esta causa y aquella por la cual fuera condenada por el delito de enriquecimiento ilícito y esta superposición, aún siendo parcial, amerita la recepción favorable de la excepción de cosa juzgada planteada por la defensa (del voto

en disidencia del doctor Freiler).

Texto Completo:

2ª Instancia. — Buenos Aires, diciembre 7 de 2009.

El Dr. Jorge Luis Rimondi dijo:

I. Tal y como lo expresara en el marco del recurso n° 43.496 “Granillo Ocampo, Raúl y otros s/ procesamiento”, registro n° 1289, rta. 17/11/09-, corresponde analizar liminarmente la validez del trámite que se le ha otorgado a esta incidencia. Hasta el presente, se ha regido por lo establecido en la acordada 59/2008, la que difirió la aplicación de la reforma procesal de la ley 26.374. Por los motivos oportunamente expuestos, considero, con carácter general, que la norma legal debe prevalecer frente a la disposición de superintendencia.

II. Sin perjuicio de ello, en este recurso en particular, en el que me veo llamado a intervenir cuando las partes ya ejercieron sus derechos de acuerdo a las pautas de la acordada mencionada, entiendo que debo declarar no aplicable la reforma procesal introducida por la ley 26.374.

Considero que ello es así, dado que resultaría irrazonable, en este caso en concreto, retrotraer el trámite a una instancia anterior, pudiéndose afectar incluso de ese modo derechos adquiridos de alguno de los recurrentes por el efecto que el segundo párrafo del art. 454 le confiere a su inasistencia a la audiencia oral. Mutatis mutandi, me he pronunciado en un sentido similar, como integrante de la sala Ia. de la CCC, al evaluar la aplicación del art. 312, Cód. Proc. Penal, destacando que “(...) el principio de razonabilidad no se detiene en fijar un contenido a las leyes, sino que requiere que toda actividad del poder estatal -en cualquiera de sus ámbitos y funciones-sea siempre ejercida con un contenido razonable: ‘(...) La razonabilidad es un elemento de la proporcionalidad y ésta implica dos exámenes: uno, anterior a la decisión, es decir hacia los argumentos que justifican una convicción, referidos a la necesidad de hacer injerencia, conectando la probable existencia de un hecho y el objeto de esa intromisión y, segundo, un examen referente a la proporcionalidad en sentido estricto, en tanto hay una ponderación de bienes perseguidos: tal el supuesto en que, en determinada situación, no se justifique la privación de libertad de un imputado frente al costo de no poder llevar adelante el proceso (...)’ (De Luca, Javier, Pruebas sobre el Cuerpo del Imputado o testigos y las Garantías Constitucionales, en Revista de Derecho Penal, Garantías Constitucionales y Nulidades Procesales, Ed. Rubinzal- Culzoni...)” (in re, CCC sala I, rec. n° 25.298, “Ávalos, Alejandro Marcelo”, rto. 31/3/2005).

III. Así las cosas, dejando sentada mi propuesta para que en el presente recurso se declaren no aplicables por irrazonables las reformas introducidas por la ley 26.374 a los arts. 454, 455 y cc., Cód. Proc. Penal, y sin perjuicio de las posibles intervenciones ulteriores de este tribunal -en las que a mi criterio no podrá prevalecer la acordada 59/2008 por ser una norma de inferior jerarquía (considerando I)-, me encuentro en condiciones de proceder a analizar los agravios de la parte recurrente.

IV. La imputada María Julia Alsogaray fue condenada por el T.O.F. n° 4, el 31/5/04, a la pena de tres años de prisión e inhabilitación absoluta durante el plazo de seis años por haber dado por probado que se enriqueció ilícitamente (art. 268 -2-, Cód. Penal) en el período comprendido entre 1992 y 1997, período en el que cumplió servicios en diversos cargos de la función pública (entre ellos, Secretaria de Recursos Naturales). Con fecha 22/12/08 la Corte Suprema de Justicia resolvió rechazar el recurso extraordinario interpuesto por la defensa de la condenada, último remedio procesal ensayado en la especie, por lo que dicho fallo pasó a autoridad de cosa juzgada. Oportunamente, al ejercer su defensa y a efectos de demostrar el origen legítimo del incremento patrimonial apreciable que le reprochaba la acusación, Alsogaray reconoció en indagatoria que, como titular de la Secretaría de Recursos Naturales, percibió mensualmente entre \$ 20.000 y \$ 40.000 procedentes de partidas de fondos reservados. Dicho descargo fue expresamente descartado por el tribunal interviniente. Así considero que existían dos ámbitos de análisis que llevaban al rechazo de la justificación ensayada. La primera de ellas de contenido fáctico, sustentado en la imposibilidad de acreditar la suma que Alsogaray, supuestamente, habría percibido, los períodos y montos. Ello debido al “sistema perverso e ilegal de cobro de sobreasignaciones” que no deja rastros, recibos firmados ni contabilidad que acredite cómo, ni cuándo cobra el funcionario. Por otra parte, el TOF concluyó que esos cobros resultaban cuanto menos antijurídicos y en forma alguna permitían, aún acreditado el monto, justificar legalmente el incremento patrimonial de la encausada, dado que éste, originado en un hecho antijurídico, no podría ser considerado como justificación, a lo que agregé que si al momento de tener que justificar tales ingresos se tuvo que recurrir a una ley que no los preveía, era porque no existía previsión legal apropiada y si además, no se podían realizar liquidaciones, era porque su esencia era ilegal e impedía dejar constancias lícitas y darles el tratamiento común de los sueldos asignados regularmente.

V. En este caso, conforme se ha dejado asentado en el acta de su declaración indagatoria (art. 294, Cód. Proc. Penal), el cargo consiste en haber cobrado mensualmente, al tiempo que se desempeñaba como Secretaria

de Recursos Naturales y Desarrollo Sustentable de la Presidencia de la Nación, entre los años 1991 y 1999, la suma de cuarenta mil pesos hasta mediados de 1994 y luego la suma de veinte mil pesos, provenientes de partidas presupuestarias asignadas a gastos reservados en virtud de la Ley S 18.302 y, asimismo, haber distribuido entre los funcionarios públicos de su cartera sumas de dinero provenientes de dichas partidas. En otras palabras, se considera un ilícito el empleo en beneficio particular de fondos destinados a gastos reservados, que tenían una finalidad específica legalmente establecida (ley secreta 18.302), que habrían llevado adelante un grupo de funcionarios públicos de alto rango, con un grado de intervención diverso, en el período que ejerció la Presidencia de la República Carlos Saúl Menem.

VI. Por esta vía incidental de falta de acción, la defensa de María Julia Alsogaray pretende que se declare que esta nueva imputación constituye una doble persecución, constitucionalmente inadmisibles, por los mismos hechos por los que su asistida ya fue condenada por el TOF 4. El Sr. Juez de grado rechaza dicha solicitud por considerar que la condena impuesta por el TOF n° 4 tiene un contenido diferente al que pretende la defensa y, por tanto, la identidad de objeto no es tal. Asimismo manifestó que la cuestión del cobro sistemático e irregular de sumas de dinero a los funcionarios de mayor jerarquía de la administración pública nacional, correspondientes a partidas que tenían otro destino, no integró el objeto de reproche de la sentencia, sino que se trató de un descargo introducido por la propia imputada, el cual no resultó apto para lograr el objetivo perseguido, que constituyó una suerte de autoincriminación que en modo alguno inhabilita su investigación por separado (cfr. fs. 18/20 del presente incidente). Contra dicha resolución, la defensa se agravia por considerar que se encuentra acreditada la identidad de la res iudicanda, lo que importa transgredir la garantía constitucional de *ne bis in ídem*. Al introducirse al análisis de dicha garantía en relación al presente caso mencionó que concurrían los tres requisitos esenciales del *ne bis in ídem* ya que su asistida, María Julia Alsogaray, había sido perseguida tanto en la causa n° 648 de trámite ante el TOF n° 4 como en el presente proceso en base a un mismo sustento fáctico, más allá de las variaciones que existieran en torno a las calificaciones legales escogidas -identidad en la persona-. Así estimó la defensa de la encausada que el objeto de investigación en ambos casos se trató del cobro de sobresueldos solventados a través de partidas provenientes de fondos reservados previstos en la ley secreta 18.302 identidad del hecho-. Finalmente, afirmó que en ambos procesos se persiguió la misma razón política y jurídica y el mismo objeto dentro del orden jurídico institucional del Estado -identidad de causa de persecución-. Por tales motivos solicitó se revoque el resolutorio apelado y, en consecuencia, se disponga el sobreseimiento de su asistida, haciendo, además, reserva de recurrir en casación y caso federal (cfr. fs. 22/28 vta.).

VII. En atención a las divergentes interpretaciones de la figura del enriquecimiento ilícito (art. 268 -2-, Cód. Penal), el análisis del caso debe iniciarse determinándose concretamente por qué conducta fue oportunamente condenada María Julia Alsogaray en el proceso precedente. A dicho fin y en primer término, es dable destacar que la doctrina reconoce el origen de este tipo legal en un usual déficit probatorio. Así, por ejemplo, Soler entendía que, dada la dificultad de probar los hechos concretos de corrupción, la solución más expeditiva era la de reprimirlos mediante la figura de presunción de ilicitud del enriquecimiento, aplicable a quienes no pudiesen justificar debidamente la causa de un incremento patrimonial desproporcionado a sus ingresos legítimos (1). Por su parte, Núñez (autor del proyecto de ley que concluyó sancionado bajo el n° 16.648) consideraba que en el país existían serios inconvenientes para acreditar los delitos concretos que fundamentaban evidentes y desproporcionados incrementos patrimoniales de los funcionarios públicos. Dichas dificultades tornaban lícito que el ordenamiento positivo le imponga a quien asume un cargo o empleo público el deber de justificar todo enriquecimiento apreciable que se produzca en su patrimonio personal (2). De tal modo es dable afirmar que, desde su propia génesis, la figura es reconocida como alternativa de otra u otras, incluso para quienes la caracterizan como un tipo omisivo doloso.

VIII. Sentado el carácter alternativo del enriquecimiento ilícito, en segundo lugar, debe establecerse si nos encontramos ante un tipo doloso de comisión o de omisión.

VIII.a. De un modo prácticamente unánime la doctrina nacional considera que la figura en estudio resulta un delito de omisión; concretamente, la violación del deber de informar (o justificar) sobre la evolución de su patrimonio que pesa sobre todo funcionario o empleado público. Los expositores más recientes han empleado, además, con dicha finalidad las modificaciones al ordenamiento positivo (de diversa jerarquía) sancionadas en la última década del siglo pasado, como la reforma constitucional de 1994, la Convención Interamericana contra la Corrupción (1996) y la Ley de Ética de la Función Pública (1999) (3).

No obstante ello, ninguno de los autores que la consideran como un delito de omisión, en el que el funcionario público viola el deber de informar o justificar, ha podido superar el cuestionamiento a la postura que surge de los casos en que existe una imposibilidad fáctica de hacerlo. Ello no resulta un defecto teórico menor,

dado que, recordando lo dicho por Soler y Núñez, este delito habría sido previsto para sancionar ese tipo de casos.

Nadie cuestiona que esta figura es un delito doloso, es decir que su tipo subjetivo está conformado por una faz cognitiva y otra volitiva.

Conforme a ello, si lo que reprime es la omisión de la conducta debida, el funcionario público debería conocer la obligación que tiene de justificar los incrementos apreciables que registre su patrimonio y el carácter delictivo del incumplimiento (faz cognitiva), pero además, debería tener la voluntad de incumplir con su deber de justificar (faz volitiva). Ahora bien, para poder incumplir voluntariamente, el funcionario público debería tener la posibilidad fáctica de cumplir o, en otras palabras: poder justificar pero no hacerlo por no quererlo. En cambio, de resultar fácticamente imposible poder cumplir (porque el incremento procede de un acto ilícito precedente) se estaría frente a un incumplimiento forzoso en el que faltaría la faz volitiva del dolo y, en consecuencia, resultaría atípico.

Sabido es que uno de los presupuestos para la configuración de los delitos propios de omisión es la capacidad de hecho de cumplir con la conducta debida. Careciéndose de dicha capacidad fáctica, el agente no puede ser autor del tipo omisivo. Precisamente ante este supuesto nos encontramos en el caso del enriquecimiento ilícito. Si el incremento patrimonial tiene su origen en algún otro delito (contra la administración pública o contra cualquier otro bien jurídico tutelado), el agente no cuenta con la capacidad de hecho para cumplir con la conducta debida, en este supuesto el justificar el acrecentamiento. Ello es así, dado que conforme a la opinión en estudio justificar significaría probar que los ingresos proceden de una causa legítima (4).

VIII.b.1. Contrariamente, he venido sosteniendo en diversos ámbitos (5) que el art. 268 (2), Cód. Penal, reprime la conducta del funcionario o empleado público que incrementa su patrimonio con bienes de origen ilícito, es decir que nos encontramos ante un tipo legal doloso de comisión. Ello, inicialmente, parecería contrariar la forma en que nuestro ordenamiento positivo describe el tipo penal en cuestión: “(...) el que (...) no justificare la procedencia de un enriquecimiento patrimonial apreciable (...)”. De Luca y López Casariego, fundando la postura contraria, lo exponen expresamente: “(...) consideramos que el delito no consiste en enriquecerse ilícitamente, no sólo porque esa conducta activa no está descrita en el artículo (...) (6). No obstante, el estilo empleado por el legislador no debe ser considerado un escollo insalvable que impida alguna otra interpretación sobre el particular.

Cierto es que la base de una adecuada interpretación debe ser la letra de la ley. Así lo ha aconsejado la Corte Suprema de Justicia (7), siendo que, además, en materia penal encuentra su fundamento en el principio constitucional de legalidad (art. 18). Sin perjuicio de ello, no debe caerse en el error de confundir literalidad con sintaxis, dado que existen casos en los que el modo de redacción legal puede presentar ciertas discordancias con el tipo penal respectivo. Por ejemplo, resulta posible detectar figuras en las que el verbo empleado en la norma no coincide con la acción típica del delito. Así, entre otros, el inciso 1º del artículo 143 describe este atentado a la libertad como “El funcionario que retuviere a un detenido o preso, cuya soltura haya debido (...) ejecutar”. Ateniéndose estrictamente a la estructura gramatical de la norma debería afirmarse que la acción típica es retener. Ello obviamente no es así; el funcionario al que la autoridad competente le encomendó la custodia de una persona legalmente detenida carece de facultades para disponer per se su libertad. Se encuentra jurídicamente obligado a retener, por lo que no puede ser la retención la acción típica. En consecuencia, más allá de la sintaxis empleada por el legislador, el delito se configura al omitir la ejecución de la orden de libertad emanada de la autoridad competente para ello. Este simple ejemplo demuestra claramente que una figura aparentemente descrita por la ley como un delito comisivo corresponde en realidad a un tipo penal omisivo (especie particular de desobediencia, art. 239, Cód. Penal). Consecuentemente con lo expuesto, resulta posible profundizar el estudio a efectos de encontrar otra interpretación que, sin abandonar la letra del artículo 268 (2), permita una comprensión válida del enriquecimiento ilícito.

A efectos de lograrlo, útil resulta recurrir a los antecedentes de dicha norma. Respecto del ámbito nacional, el primer intento por reprimir como delito al enriquecimiento ilícito se debe a la obra del diputado nacional mendocino Don Rodolfo Corominas Segura, quien en 1936 presentó un proyecto de ley a efectos de tipificar como delito las acciones de los empleados o funcionarios públicos que adquiriesen bienes o cancelasen obligaciones sin poder probar el origen lícito de los recursos de que han dispuesto a tales efectos. Más allá de la técnica legislativa empleada, de un excesivo casuismo, y a la inclusión de una presunción de ilegitimidad de oscura extensión, resulta evidente que la norma persigue la acción del funcionario de incrementar ilegítimamente su patrimonio, sea incorporando bienes a su activo, sea disminuyendo las obligaciones de su pasivo. Así, surge en modo evidente que el eje de la cuestión pasa por los actos de acrecentamiento patrimonial

y no por el incumplimiento de un deber de informar. Iguales conceptos pueden vertirse respecto del proyecto de Código Penal elaborado por José Peco, que reprimía todo aumento apreciable de patrimonio que no proviniese de una causa legítima (art. 324).

En la línea argumental en desarrollo, el antecedente de mayor trascendencia parte del derecho internacional, y es la Convención Interamericana contra la Corrupción (8). Su importancia deriva del propio texto constitucional en cuanto establece que “Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes” (inciso 22 del artículo 75). El artículo IX de la misma, bajo el título Enriquecimiento Ilícito, impone la obligación a los Estados Partes de adoptar las medidas necesarias para tipificar como delito a esta figura. Concretamente, al describirla afirma que se consuma con “el incremento del patrimonio de un funcionario público con significativo exceso respecto de sus ingresos legítimos durante el ejercicio de sus funciones y que no pueda ser razonablemente justificado por él”. De este modo, la redacción escogida en el acuerdo internacional guarda estrecha relación con la extensión correcta de este ilícito. El enriquecimiento ilícito reprime los actos del funcionario público tendientes a incrementar ilegítimamente su patrimonio.

Así, la figura se caracteriza como un delito de comisión derivado de un deber extraordinario que el autor adquiere por la calidad especial que reviste (funcionario público). En consecuencia, el objeto de este ilícito es el incremento patrimonial originado en un ingreso ilegítimo (art. 9º de la Convención Interamericana contra la Corrupción, a contrario sensu). Ello explica el por qué nuestro código penal hace referencia al verbo justificar, y no, simplemente, a informar o explicar, dado que no basta poner en conocimiento de la autoridad requirente el origen del incremento, sino que debe demostrarse que éste se funda en ingresos legítimos del agente. Así, el centro de la cuestión pasa de una supuesta obligación omitida, a los actos que llevaron a un ilegítimo aumento del patrimonio del funcionario público.

VIII.b.2. El modo de comisión de la acción de incrementar el patrimonio carece de relevancia típica, dado que estamos ante un delito de resultado. En otras palabras, para la configuración del enriquecimiento ilícito es irrelevante cómo el funcionario público adquirió los bienes y fondos ilegítimos, bastando que con ellos haya acrecentado su patrimonio. Sancinetti criticó esta interpretación por considerar que se construiría de tal modo un delito sin acción. Concluye ello por entender que el incremento patrimonial es un hecho, una mera variación de las cuentas patrimoniales, y no un acto humano. Resulta obvio que el incremento es un hecho, no obstante lo cual no debe caerse en el error de confundir la acción con el resultado. Un aumento del activo o una disminución del pasivo son simples modificaciones del estado patrimonial de una persona, pero, conforme a nuestro ordenamiento positivo, en principio son consecuencia de un acto humano. La legislación nacional ni siquiera admite la posibilidad de adquirir bienes a título gratuito sin el consentimiento del beneficiario. Así, en el derecho sucesorio se encuentra expresamente prevista la aceptación de la herencia (art. 3311, Cód. Civil), resultando por demás esclarecedora al respecto la nota de Vélez Sarsfield al artículo 3313, al afirmar que “(...) Por el hecho de la muerte del autor de la sucesión, el heredero entra en posesión de todos los derechos de aquél y tiene la elección de hacer esta posesión irrevocable por una aceptación, o despojarse de su derecho, por una renuncia (...)”. Por su parte, respecto a los actos entre vivos, el artículo 1792, Cód. Civil, expresamente establece que “Para que la donación tenga efectos legales debe ser aceptada por el donatario (...)”, acotando el codificador en la nota respectiva que “(...) la aceptación del donatario, en cuanto a ella constituye su consentimiento, no es una condición de forma sino parte esencial de la substancia misma de la convención (...)”. Consecuentemente, ninguna duda cabe que existen conductas humanas voluntarias que originan los acrecentamientos patrimoniales, siendo precisamente éstas las acciones que, de ser -además- típicas, antijurídicas y culpables, configuran el delito de enriquecimiento ilícito. De este modo, se ha dejado en claro que la objeción analizada conlleva una confusión conceptual y en nada altera la postura en desarrollo.

Continuando la línea iniciada por Sancinetti, De Luca y López Casariego presentan un caso en el que, según su interpretación, se produciría un incremento patrimonial, sin que, aparentemente, interviniese la voluntad del beneficiario: “(...) una pareja de novios no tiene vivienda; el padre de la novia le ofrece parte de su terreno para que edifiquen, después se pelean y el novio reclama lo invertido. El padre de la novia no ‘hizo’ nada (...)” (9). Ciertamente es que en el supuesto reseñado el dueño del predio no ha realizado conducta alguna para obtener las mejoras que benefician a la finca, no pudiendo quien las edificó destruirlas. Pero el ejemplo citado no guarda vinculación con la figura del enriquecimiento ilícito. Ello es así, dado que no se comprueba en la especie un incremento del patrimonio del propietario del inmueble, sino solo del activo de éste. Así, el valor de sus bienes aumenta, pero en igual proporción aumenta su pasivo, dado que tiene la obligación de indemnizar al que edificó: “Cuando de buena fe se edificar, sembrar o plantar, con semillas o materiales propios en terreno ajeno, el dueño del terreno tendrá derecho para hacer suya la obra, siembra o plantación, previas las indemnizaciones correspondientes al edificante, sembrador o plantador de buena fe, sin que éste pueda destruir lo que hubiese edificado, sembrado o plantado, no consintiéndolo el dueño del terreno” (art. 2588, Cód. Civil).

De tal modo, el patrimonio neto (activo menos pasivo) del propietario de la heredad no ha variado en lo absoluto, no comprobándose ningún enriquecimiento. El artículo 268 (2) no persigue el mero aumento de los activos, sino el incremento del resultado de las cuentas patrimoniales; expresamente el segundo párrafo del mismo establece: “Se entenderá que hubo enriquecimiento no sólo cuando el patrimonio se hubiese incrementado con dinero, cosas o bienes, sino también cuando se hubiesen cancelado deudas o extinguido obligaciones que lo afectaban”. En consecuencia, es dable afirmar que ni siquiera el caso examinado logra desvirtuar la postura expuesta, en cuanto a que esta figura reprime la conducta de incrementar el patrimonio con bienes de origen ilícito.

VIII.b.3.- Descripta la conducta típica del modo indicado precedentemente, se consolida aún más lo afirmado en cuanto a que se trata de una figura alternativa al ilícito que generó los fondos espurios. Ello es así, dado que si los órganos del poder del Estado a cargo de la persecución penal debieran acreditar la efectiva ilicitud del origen de los fondos empleados para acrecentar el patrimonio del funcionario o empleado público, el enriquecimiento ilícito sería automáticamente desplazado por la figura específica de que se trate. Precisamente por ello, la ley crea una presunción de ilegitimidad del incremento patrimonial. Dicha presunción es establecida por el propio artículo 268 (2) al exigir que el enriquecimiento patrimonial sea “apreciable”. De este modo, de acreditarse que el funcionario público acrecentó apreciablemente su patrimonio, la ley presume que el origen de los fondos es ilícito y, consecuentemente, se habilita su sanción por enriquecimiento ilícito.

Respecto de cuándo un incremento patrimonial puede ser considerado apreciable, literalmente debe entenderse como tal al que se percibe debidamente su magnitud, o en otras palabras, el que es ostensiblemente importante. Esta interpretación literal no logra aproximarnos al fin buscado, dado que no otorga parámetros de comparación, es decir con relación a qué debe compararse su magnitud o importancia. En principio, puede afirmarse que la referencia no debe ser solamente el patrimonio anterior al acceso a la función pública. Por ello, para arribar a una conclusión definitiva debe recurrirse a la Convención Interamericana contra la Corrupción, que presenta pautas interpretativas de incuestionable valor, dado que -como se dijo- por mandato constitucional se encuentra por encima de la legislación interna (art. 75 inc. 22). Así, respecto de este punto, su artículo IX afirma que el acrecentamiento del patrimonio debe ser “con significativo exceso respecto de sus ingresos legítimos durante el ejercicio de sus funciones”. De tal modo, para determinar si ha habido un incremento apreciable debe considerarse el estado patrimonial al asumir el cargo o empleo público, sumado a los ingresos legítimos en el ejercicio de la función; si con relación a ambos elementos se percibe un enriquecimiento de magnitud, opera la presunción de ilegitimidad establecida por el artículo 268 (2).

Más allá de que la validez constitucional de este tipo de presunciones de ilegitimidad fue reconocida por nuestra Corte Suprema de Justicia (10), se las ha criticado por vulnerar la presunción de inocencia (art. 18), dado que obligaría al imputado de un delito penal a probar que no es culpable.

La objeción citada parte de una base equivocada, al confundir el carácter de la presunción legal. No nos encontramos frente a una inversión de la carga de la prueba, sino a la tasación legal de la prueba requerida para acreditar una determinada conducta. La ley no obliga al imputado a probar su inocencia dada cierta circunstancia (inversión de la carga de la prueba), sino que le impone a los órganos de persecución penal el deber de reunir determinados elementos y compilados éstos, tiene por acreditada la realización de una conducta determinada (tasación legal). Así las cosas, es dable afirmar que si los órganos de poder del Estado competentes logran acreditar que una persona, revistiendo la calidad de funcionario o empleado público, ha incrementado significativamente su patrimonio, con relación a su estado originario (al asumir su cargo o empleo) sumados sus ingresos legítimos, la ley considera probada la conducta de enriquecerse ilícitamente. Frente a ello, solo resta la facultad del agente de desvirtuar -en pleno ejercicio de su derecho de defensa- el cargo existente, demostrando, por ejemplo, que el acrecentamiento se originó en algún tipo de ingreso legítimo extraordinario (herencia, donación, percepción de honorarios profesionales generados con anterioridad a la función, etc.). VIII.b.4. Para finalizar esta cuestión, es de destacar que la interpretación del enriquecimiento ilícito que propugnamos encuentra aval por parte de la Sala Ia. de la Cámara Nacional de Casación Penal, tribunal que en el precedente “Pico, José M. y otra”, resuelto el 8 de mayo de 2000, afirmó “(...)que, para la Sala, la norma transcrita prevé un delito de comisión, cuya acción es la de enriquecerse patrimonialmente en forma considerable (‘apreciable’, dice la ley) e injustificada durante el ejercicio de un cargo público. El presupuesto básico para iniciar la investigación es, pues, la comprobación, a ‘prima facie’, de ese incremento patrimonial -tanto por aumento del activo como por disminución del pasivo- que no encuentra sustento en los ingresos registrados del agente (...)”. IX. De acuerdo a lo desarrollado en el considerando precedente, es dable afirmar que María Julia Alsogaray fue condenada por la conducta de haber acrecentado su patrimonio con fondos de cuentas presupuestarias de gastos reservados, cuya recepción fue reputada ilícita por el tribunal sentenciante, subsumiéndose dicho obrar en el tipo legal del enriquecimiento ilícito de funcionario público (art. 268 -2-, Cód. Penal) (11). Ello es así, no solo

porque fue expresamente reconocido por la imputada frente al incremento patrimonial apreciable acreditado por los órganos persecutorios en aquel proceso (junto con otras cinco fuentes de ingresos) (12) sino, también, porque el acrecentamiento por dicho origen fue considerado como injustificado por el Ministerio Público Fiscal al alegar (desistiendo implícitamente respecto de fondos procedentes de otras tres fuentes alegadas por considerarlas legítimas) (13); finalmente, el TOF 4 la condenó, descartando expresamente como justificativo dos de las tres causales por las que fue acusada, siendo precisamente una de ellas los dineros procedentes de las partidas de gastos reservados (14). A su vez, en la presente se le reprocha el haber intervenido en la sustracción de fondos de partidas presupuestarias destinadas a gastos reservados, beneficiándose personalmente con parte de ellos, en su calidad de Secretaria de Recursos Naturales y Desarrollo Sustentable, y distribuyendo el resto entre otros funcionarios de la cartera a su cargo.

Respecto de los dineros que ingresaron a su patrimonio, resulta meridianamente claro que asiste razón a la defensa en su reclamo. La conducta que actualmente se le imputa a María Julia Alsogaray es la misma por la que fuera oportunamente condenada en orden a la calificación legal alternativa de infracción al art. 268 (2), Cód. Penal. La supuesta sustracción de los fondos públicos habría constituido el medio comisivo del enriquecimiento, circunstancia típicamente irrelevante para la configuración de una infracción al art. 268 (2), por resultar un delito calificado por su resultado, es decir que no requiere un medio comisivo específico. Es más, la redacción original de la norma citada reconocía implícitamente esta relación de alternatividad. La ley 16.648 establecía expresamente que “La prueba que ofrezca de su enriquecimiento se conservará secreta, a su pedido, y no podrá ser invocada contra él para ningún otro efecto”. De una adecuada lectura de este precepto se deduce que está dando por supuesta una conducta delictiva como fuente del acrecentamiento patrimonial, vedando el empleo de una posible confesión al respecto para cualquier otro efecto (entre ellos, sancionarlo por dicho delito).

Así las cosas y durante el período de vigencia de la ley mencionada, en el hipotético caso de que un agente público imputado por enriquecimiento ilícito hubiera confesado el injusto concretamente cometido, el que generó el incremento patrimonial apreciable comprobado, el Estado se encontraba impedido de perseguirlo penalmente por el tipo penal en el que encuadrarse el medio comisivo. Sin perjuicio de ello, continuaba siendo pasible de sanción, alternativamente, por enriquecimiento ilícito dado que la información suministrada (comisión de una acción típica y antijurídica) no era justificación del acrecentamiento (15).

X. Ahora bien, de acuerdo al cargo impuesto en la audiencia indagatoria a María Julia Alsogaray también se le reprocha el haber distribuido entre algunos de sus colaboradores de la Secretaría de Recursos Naturales y Desarrollo Sustentable parte de los fondos correspondientes a partidas de gastos reservados, por lo que resta analizar si dicho sustento fáctico está también comprendido en la condena ya dictada contra la imputada y, en consecuencia, si Alsogaray se encuentra protegida por la garantía que veda al Estado la doble persecución (ne bis in idem). En dicho orden, a primera vista parecería que ello no es así; la imputada fue sancionada por haber acrecentado apreciablemente su patrimonio personal con bienes de origen ilícito, es decir que sólo quedaron atrapados directamente en dicha atribución los dineros correspondientes a partidas de gastos reservados que ingresaron en su activo.

Más allá, considero que el planteo de la asistencia técnica de la imputada podría resultar plausible. Como fundamento de su pretensión, la propia defensora pública señala al análisis de los hechos efectuado por el juez de grado al dictar el procesamiento, quien entendió “(...) que se trató de una única conducta, constituyendo ésta un aporte en grado de coautoría al sistema de peculado imperante en la órbita del Poder Ejecutivo Nacional, el cual consistió en recibir fondos públicos y distribuirlos a través de subordinados suyos entre los funcionarios de su cartera, reteniendo una parte considerable de la suma recibida mensualmente para sí (...)”.

No obstante ello, no debe pasarse por alto que, en concreto, a Alsogaray se le impusieron dos cargos aparentemente autónomos, a saber: “(...) 1) haber cobrado mensualmente, al tiempo en que se desempeñaba como Secretaria de Recursos Naturales y Desarrollo Sustentable de la Presidencia de la Nación, entre los años 1991 y 1999, la suma de cuarenta mil pesos (\$ 40.000) hasta mediados de 1994 y luego veinte mil pesos (\$ 20.000), provenientes de partidas presupuestarias asignadas a gastos reservados en virtud de la ley 18.302 ‘s’; 2) haber distribuido entre los funcionarios públicos de su cartera sumas de dinero provenientes de partidas presupuestarias asignadas a gastos reservados en virtud de la ley 18.302 ‘s’ (...)”. En igual sentido, el TOF n° 4, al evaluar el descargo formulado oportunamente por María Julia Alsogaray contra el reproche por enriquecimiento ilícito, formuló un doble análisis similar: respecto de la maniobra general del desvío de su finalidad legal de las partidas de gastos reservados, extrajo testimonios para su investigación (los que integran la presente pesquisa) y con relación a la parte de dichos fondos que concretamente incrementaron el patrimonio de Alsogaray, descartó dicha fuente como justificante.

Frente a la confrontación reseñada, adquiere relevancia la etapa preliminar del proceso que se está transitando. Ello es así, dado que aún el cuadro probatorio no se encuentra consolidado, por lo que llegar a una conclusión sobre la cuestión resultaría prematuro. Teniendo en consideración la expresa voluntad de ambos acusadores de proseguir la acción contra la imputada (cfr. las contestaciones a las vistas corridas en la instancia de origen), clausurar parcial y anticipadamente el asunto a su respecto, más allá de mi opinión personal respecto de esta cuestión particular, no es adecuado. Por el contrario, dado que las diferentes interpretaciones de los hechos que se han presentado son razonables, entiendo que el órgano jurisdiccional llamado a resolver en una eventual etapa ulterior del proceso, luego de analizar la prueba que definitivamente se produzca, es el que se encontrará habilitado para decidir este punto. Mutatis mutandi me he expedido en un sentido similar como integrante de la sala Ia. de la CCC, ante una atribución por asociación ilícita que se presentó en un caso, concurriendo materialmente con una pluralidad de hechos que habría cometido dicha organización: “(...) Frente a este panorama, más allá de la opinión personal de quienes integramos esta Sala, cancelar anticipadamente esta imputación aparece inadecuado. En consecuencia, consideramos que corresponde avalar la hipótesis de acusación y habilitarlos para que continúen avanzando con la acción, a efectos de que los cuestionamientos de las defensas sean (...) materia de amplio debate y decisión en un eventual juicio oral y público posterior (...)” (CCC, Sala Ia., rec. n° 35.489, “Curatola, Eugenio y otros”, rto. el USO 18/3/2009).

Es más, avala también esta postura las diferentes atribuciones temporales que se han formulado en uno y otro caso. Sin perjuicio del modo en que fue progresando la acción en aquella oportunidad, el TOF n° 4, al dictar sentencia, reputó ilícitos los fondos provenientes de partidas de gastos reservados con los que Alsogaray se benefició personalmente durante el período comprendido entre los años 1992 y 1997.

Por el contrario, el cargo impuesto en la presente es más amplio, ya que se le reprocha su intervención en la sustracción de dichas partidas mientras cumplía funciones de Secretaria de Recursos Naturales y Desarrollo Sustentable, entre los años 1991 y 1999.

XI. Más allá de lo dicho en el considerando noveno respecto a los bienes que acrecentaron su patrimonio, dado que considero que no es posible, a esta altura del proceso, establecer como habrían concurrido las dos conductas que le fueron atribuidas ni si parte del provecho propio quedó fuera de la persecución penal que sufriera en la causa antecedente (considerando décimo), no corresponde que resuelva parcialmente a la pretensión de la defensa, por lo que expido mi voto en el sentido de confirmar la resolución recurrida, por la que no se hace lugar a la excepción de falta de acción promovida por la defensa de María Julia Alsogaray (art. 455, Cód. Proc. Penal).

XII.-Finalmente y en cuanto a las costas, por lo expuesto en el considerando noveno y habiendo sido deducido el recurso por la defensa pública, voto para que se impongan en el orden causado (arts. 530, 531 última parte y 532, Cód. Proc. Penal).

El Dr. Mario Filozof dijo:

Lo actuado en esta incidencia donde las partes han consentido la intervención de los jueces desinsaculados, sumado el principio de preclusión, al igual que el de trascendencia, armónicamente conjugados con los artículos 18, 31 y ccds. de la Carta Magna, a lo que debe adicionarse la necesidad de dar una respuesta a los interesados (“afianzar la justicia”) impone adherirme a las consideraciones numeradas como I, II, y III del voto del doctor Jorge Rimondi, de lo que se impone pasar a exponer, a continuación, mi propuesta.

La figura en exégesis -conforme nos cuenta el profesor Aguirre Obarrio-ingresó al sistema represivo tras un proyecto de los dres. Mario A. Oderigo, José Argibay Molina, Ángel Gonzalo Millán y Gerardo Peña Guzmán. Se contaba como antecedentes la ley dictada en la República de Guatemala, la Constitución del Perú, el proyecto Peco y el de Soler.

Claro que luego de la reforma constitucional de 1994 comenzó a regir la ley de ética pública y la convención interamericana contra la corrupción que no pueden dejarse de lado a la hora de interpretar la norma.

Me he convencido que la sanción penal (art. 268 -2-) busca proteger las instituciones como parte de la exigencia a quienes aceptaron un cargo público, de vocación y transparencia. De allí se impone justificar los incrementos patrimoniales considerables.

Cierto es que se sostuvo que el título impreso a la figura en examen pudo llevar a confusión, empero lo cual tengo para mí que dicho rótulo (colocado por el legislador y no modificado a lo largo de tantos años y reformas), debe entrelazarse a los efectos de evacuar el significado o alcance de la significación jurídica en estudio.

Tampoco puede dejar de confundirse la prueba con el alcance del texto sustantivo. Esto es así, en este y en todos los temas que son sometidos a la jurisdicción (ver por ejemplo artículo 334 incisos 2-,3-,4-, y 5 del C.P.P.N.).

Calificada doctrina considera que el incremento patrimonial apreciable originado en actividad lícita puede abarcar esta figura, afirmación que no logra compartir quien escribe. Así se entrelazan los aspectos probatorios con el fondo del asunto. Para afirmar que el origen es lícito, deviene imprescindible ello se acredite; de otro modo, se estaría frente a bienes o dinero cuyo origen no pudo justificarse.

En caso que se pruebe el origen legítimo, este se encuentra justificado y no se dan las exigencias del tipo penal. Incluso el ejemplo utilizado por reconocidos juristas, respecto del regalo del pariente, no logra conmovir la postura de quien escribe, pues acreditado dicho extremo, el origen fue justificado y no existe antijuridicidad. El delito no fue cometido.

Abocándome al fondo de la cuestión en alzada, debe señalarse que el artículo 268 -2- del código represivo abarca la situación patrimonial y atrapa a la vez los actos individuales que produjeron el incremento apreciable, y agrega como exigencia, que no se justificaren.

En esa inteligencia corresponde compartir las consideraciones y conclusiones de los puntos numerados como IV a IX del discurso de mi colega en el voto precedente, pues haber intervenido en la sustracción de fondos de partidas presupuestarias para beneficiarse con parte de ellos se encuentra incluido entre los sucesos por los que María Julia Alzogaray fue condenada por el Tribunal Oral Federal.

Sólo resta verificar si la conducta imputada en la indagatoria a la nombrada se ve comprendida en su totalidad por el principio constitucional invocado, o si lo es, sólo parcialmente.

Se intima también, en la indagatoria, a la nombrada haber distribuido entre alguno de sus colaboradores parte de las partidas de fondos reservados. Esta conducta -conforme el reproche- repetidamente concretada no es posible afirmar -al menos en este estadio- sea comprensiva de su incremento patrimonial apreciable, al menos cuando no parece haber ingresado en su activo y no puede afirmarse con precisión si los actos fueron únicos.

Esto es, que no puede descartarse, en este estadio, que cuando se utilizaron los fondos reservados lo fueron en igual tiempo para acrecentar su activo que cuando se utilizaron para desviar esos fondos en beneficio de otros.

Así entiendo no se trataría de distintas subsunciones legales sino de episodios perfectamente escindibles no solo en el tiempo sino en la acción, en el origen y en el resultado.

En consecuencia y en honor a la brevedad hago más las consideraciones de la propuesta que encabeza este acuerdo y a sus conclusiones me adhiero.

El Dr. Eduardo R. Freiler dijo:

A través del escrito glosado a fs 1/5, la Defensora Oficial, Dra. Martínez de Buck -en representación de María Julia Alsogaray- planteó excepción de falta de acción a favor de su asistida, sobre la base de la violación a la garantía constitucional de ne bis in idem, y postuló el dictado de su sobreseimiento. Su planteo se basó, fundamentalmente, en la alegada identidad existente entre el hecho investigado en estas actuaciones y aquel que conformó el objeto procesal de la causa seguida contra María Julia Alsogaray, por el delito de enriquecimiento ilícito, que culminó con su condena.

Al momento de contestar la vista que le fuera conferida, el representante del Ministerio Público Fiscal, Dr. Gerardo Pollicita postuló el rechazo del planteo ensayado, sosteniendo que se trataba, en realidad, de dos sucesos distintos, cuyas circunstancias de tiempo, modo y lugar diferían. Aclaró que la imputación que, en el marco de este sumario, se dirigió a Alsogaray se apoyaba, esencialmente, en la colaboración que ésta habría prestado a la implementación del ilícito sistema remunerativo constatado en autos (fs 15/7). Por su parte, el Dr. P.P., coordinador de investigaciones de la Oficina Anticorrupción, entidad que ejerce el rol de parte querellante en este proceso, se inclinó por idéntica solución, sobre la base de similares argumentos.

La pretensión fue finalmente rechazada por el Magistrado de primera instancia, pronunciamiento contra el cual la defensa técnica de la encausada interpuso recurso de apelación, motivando así la intervención de esta Alzada.

Comparto las consideraciones vertidas por mis colegas preopinantes en lo concerniente a la interpretación del delito de enriquecimiento ilícito y a las conclusiones a las que allí se arriba, en tanto concuerdan con el criterio que he venido sosteniendo a partir de la causa "Liporaci, Carlos s/ procesamiento" (causa n° 36.456, rta.

6/4/06, reg. n° 270 de esta Sala I).

No obstante ello, entiendo que no es el análisis dogmático del tipo penal aludido lo que nos acercará a la solución del caso, sino la determinación del alcance que debe asignarse a la persecución penal que sufrió con anterioridad la inculpa -la que culminó con su condena-, y su correspondencia o no con la intimación que se le dirige en el marco de estas actuaciones. Es ese, en esencia, el eje de la controversia que estamos llamados a dilucidar.

La decisión que se adopte, al respecto, dependerá de la interpretación que se efectúe de la conducta endilgada a María Julia Alsogaray en este proceso. Recuérdese que al momento de recibírsele declaración indagatoria se le atribuyó el “haber cobrado mensualmente... entre los años 1991 y 1999, la suma de cuarenta mil pesos hasta mediados de 1994 y luego veinte mil pesos, provenientes de partidas presupuestas asignadas a gastos reservados en virtud de la ley 18.302 S” y el “haber distribuido entre los funcionarios públicos de su cartera sumas de dinero provenientes de partidas presupuestas asignadas a gastos reservados en virtud de la ley 18.302 S”. Más allá de ello, el Magistrado de la anterior instancia, al momento de resolver su situación procesal, expresó que se trataba, en realidad, de “una única conducta, constituyendo ésta un aporte en grado de coautoría al sistema de peculado imperante en la órbita del Poder Ejecutivo Nacional, el cual consistió en recibir fondos públicos y distribuirlos a través de subordinados suyos entre los funcionarios de su cartera, reteniendo una parte considerable... para sí...”.

A diez años de los hechos y tras cinco años de investigación, y habiéndose dictado diversas resoluciones de mérito respecto de los hechos pesquisados -incluyendo la situación procesal de la incidentista-, no cabe, en aras del carácter preliminar de la etapa procesal en que nos encontramos, mantener irresuelta dicha cuestión, sino que debe tomarse posición respecto de las posturas contrapuestas que se vislumbran en estas actuaciones.

Frente a dicho panorama y ateniéndome al cuadro probatorio conformado hasta el momento, no nos encontramos frente a dos hechos autónomos e independientes, sino que se trata de distintas modalidades de aportar a la ejecución de un mismo y único hecho ilícito, en cuya comisión ha intervenido un importante número de funcionarios públicos, y que se ha desarrollado durante un largo período de tiempo. El grado de participación que corresponda asignársele dependerá, así, de aquel aporte que revista mayor trascendencia, de acuerdo al diseño previo del plan de acción, y a la división de tareas correspondiente.

Tomemos el ejemplo de un robo cometido por dos personas. Uno de los autores comienza a quitar las joyas contenidas en una caja de seguridad, y las va colocando una a una, en forma alternativa, en su bolsa y en aquella que lleva su compañero. Parece evidente que el sujeto está cometiendo un solo robo, a raíz del cual resultarán beneficiados tanto él como su acompañante. Algo similar ocurrió en el sub examine, toda vez que la inculpa, mensualmente, al recibir los fondos, retenía para sí una parte, y ordenaba la distribución del resto.

Así planteado el caso, cabe concluir que asiste razón a la defensa de María Julia Alsogaray, en cuanto a que existe una superposición entre los objetos procesales de ambas causas. Recuérdese que fue condenada por los integrantes del Tribunal Oral Federal n° 4, en virtud de haberse comprobado que incrementó, en forma apreciable, su patrimonio a través de la percepción de fondos provenientes de partidas presupuestarias asignadas a gastos reservados, en forma injustificada.

Esta superposición -aún siendo parcial- amerita la recepción en forma favorable de la pretensión esgrimida por la defensa, al haberse configurado, en el caso, las tres identidades -hecho, sujeto y causa- que habilitan la viabilidad de la excepción de cosa juzgada intentada.

Adviértase que “dos objetos procesales son idénticos, y no permiten persecuciones penales distintas simultáneas o sucesivas, cuando la imputación consiste en la misma acción u omisión concreta aún cuando sólo afirmadas hipotéticamente como ciertas” (Maier, Julio, “Derecho Procesal Penal, Tomo I, Fundamentos”, Buenos Aires, 1996, pág. 608).

En virtud de las consideraciones expuestas, considero que el auto impugnado debe ser revocado, haciéndose lugar a la excepción de falta de acción postulada por la incidentista. Ese es mi voto. En virtud del Acuerdo que antecede, el Tribunal resuelve: I. Declarar no aplicables las reformas introducidas por la ley 26.374 a los arts. 454, 455 y cc. del Código Procesal Penal de la Nación. II. Confirmar el auto de fs 18/20 en todo cuanto resuelve y fuera materia de apelación, Imponiéndose las costas en el orden causado (arts. 530, 531 última parte y 532 C.P.P.N.). — Eduardo R. Freilar. — Jorge L. Rimondi. — Mario Filozof.

(1) Proyecto de Código Penal (10/11/60), elaborado por Sebastián Soler, p. 140.

(2) “Estamos hartos de que en el país no podamos probar los hechos concretos que fundamentan hechos

notorios de enriquecimiento. Entonces, es lícito que a un funcionario público se le ponga un deber, y si no lo cumple, se lo castigue. ¿Cómo voy a probar la coima del funcionario si él tenía el poder en sus manos cuando se enriqueció? Entonces, hay ciertos deberes; hay deberes de probidad.” Diario de Sesiones de la Honorable Cámara de Diputados de la Nación, año 1964, pág. 3534.

(3) Ver en tal sentido CABALLERO, José Severo, El Enriquecimiento Ilícito de los Funcionarios y Empleados Públicos (después de la reforma constitucional de 1994), en La Ley, T. 1997-A, p. 793, VIDAL ALBARRACÍN, Héctor y VIDAL ALBARRACÍN (h), Guillermo, Crisis del Delito de Enriquecimiento Ilícito de los Funcionarios Públicos. Un Fallo Revitalizador, en La Ley, T. 2000-D, pág. 781 y DE LUCA, Javier Gustavo y LÓPEZ CASARIEGO, Julio E., Enriquecimiento Ilícito y Constitución Nacional, en La Ley, T. 2000-A, p. 249.

(4) DE LUCA, Javier Gustavo y LÓPEZ CASARIEGO, Julio E., Enriquecimiento Ilícito y Constitución Nacional, ob. cit.

(5) RIMONDI, Jorge Luis, Calificación Legal de los Actos de Corrupción en la Administración Pública, Ed. Ad-Hoc, Bs.As., julio de 2005, pág. 273 y sgtes.; CCC. Sala Ia., rec. n° 25.041, “MINUE, Emilio Romeo”, rto. el 29/3/2005.

(6) DE LUCA, Javier y LÓPEZ CASARIEGO, Julio E., ob. cit., p. 253.

(7) C.S.J.N., "GYPOBRAS S.A. c/Est. Nac. (Ministerio de Educación y Justicia) s/contrato de obra pública", rta. el 5/4/95.

(8) Suscripta en Caracas, Venezuela, el 29 de marzo de 1996, incorporada a nuestro ordenamiento por la ley 24.759, sancionada el 4/12/96, promulgada el 13/1/97 y publicada el 17/1/97.

(9) DE LUCA, Javier y LÓPEZ CASARIEGO, Julio E., ob. cit., p. 253.

(10) C.S.J.N., “BILSKY, Mauricio”, rta. 21/11/62, Fallos, 254:301, “PEREDA, Horacio Vicente Celedonio”, rta. 8/9/83.

(11) Como así también por los montos que la condenada intentara justificar con el supuesto ingreso proveniente de honorarios pagados por “Astilleros Alianza”.

(12) Los provenientes de los honorarios citados en la nota precedente, como así también los de la firma “Estibajes Norte SRL”, los percibidos por las donaciones de sus padres, la incorporación de ingresos originados en el retiro de dividendos de la empresa familiar “Pincar SA” y por el convenio de separación de bienes celebrado con su ex cónyuge.

(13) Esto es, los ingresos que Alsogaray declarara como provenientes de los honorarios de “Estibajes Norte SRL”, de las donaciones de sus padres y de la división de bienes de la sociedad conyugal.

(14) Restando el ya citado ingreso que intentara justificar como proveniente de los honorarios pagados por “Astilleros Alianza”.

(15) Como afirman De Luca y López Casariego “la palabra justificar indica un doble origen: el de probar algo y el que esa prueba se adecue a parámetros de justicia. No de una justicia inmanente, sobrenatural, sino de aquella que es a la única a la que podemos hacer referencia en nuestra condición de simples mortales en un Estado de derechos: aquello que es de acuerdo a derecho, ob. cit. P. 254.