

//la ciudad de Buenos Aires, a los **9 días del mes de junio del año dos mil cinco**, se reúne la Sala IV de la Cámara Nacional de Casación Penal integrada por el doctor Gustavo M. Hornos como Presidente y los doctores Amelia Lydia Berraz de Vidal y Pedro Rubens David como Vocales, asistidos por el Secretario de Cámara, doctor Daniel Enrique Madrid, a los efectos de resolver los recursos de casación y de inconstitucionalidad interpuestos a fs. 6823/6846 vta. de la presente causa Nro. 4787 del registro de esta Sala, caratulada: **“ALSOGARAY, María Julia s/recurso de casación e inconstitucionalidad”**; de la que RESULTA:

I. Que el Tribunal Oral en lo Criminal Federal Nro. 4 de la Capital Federal, en la causa Nro. 648 de su Registro, por veredicto del 21 de mayo de 2004, cuyos fundamentos fueron dictados el 31 de mayo de ese año, resolvió: I. NO HACER LUGAR al planteo de inconstitucionalidad del artículo 268-2- del Código Penal, efectuado por la señora Defensora Pública Oficial; II. NO HACER LUGAR al planteo de inconstitucionalidad de la ley secreta Nro. 18.302, efectuado por la señora Defensora Pública Oficial; III. NO HACER LUGAR al planteo de nulidad del informe técnico obrante a fs. 726 y de todas las actuaciones en las cuales haya intervenido el contador Eduardo LAURENCE, efectuado por la señora Defensora Pública Oficial; IV. DECLARAR la prescripción de la acción penal en relación al delito de falsedad documental del instrumento privado, el cual fue materia de acusación fiscal (arts. 59, inc. 3º, 62, inc. 2º, 63 y 292, primer párrafo, del C.P.); V. CONDENAR 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, previsto y reprimido por el artículo 268-2- del Código Penal -ley 16.648- (arts. 19, 29, inc. 3º, 40, 41 y 45 del Código Penal y arts. 530 y 531 del C.P.P.N.); y VI. DISPONER el DECOMISO DE LOS EFECTOS PROVENIENTES DEL DELITO por el cual se la consideró responsable en el punto V del presente dispositivo, consistente en la suma de QUINIENTOS MIL DOLARES (U\$S 500.000) y SEISCIENTOS VEINTIDÓS MIL PESOS (\$ 622.000), los que deberán ser debidamente ajustados bajo las pautas que correspondan; sumas éstas a las cuales se les deducirán los importes abonados por la condenada en concepto de impuestos por dichas cifras (art. 23 del C.P.- ley 23.077) - (fs. 6719/6720 y 6727/6793 vta.).

II. Que la señora Defensora Adjunta de la Defensoría General de la Nación, doctora Pamela BISSERIER, asistiendo a la antes nombrada, interpuso los recursos de casación e inconstitucionalidad (fs. 6823/6846 vta.), que fueron concedidos a fs. 6861/6863, y mantenidos ante esta instancia a fs. 6871, sin adhesión del señor Fiscal General, doctor Raúl Omar PLEÉ (fs. 6882).

III. 1. Que la recurrente, respecto del recurso de casación interpuesto encauzó su pretensión en lo previsto por los incisos 1º) y 2º) del art. 456 del C.P.P.N.

a. ERRORES IN PROCEDENDO: art. 456, inciso 2º), del C.P.P.N:

a. 1. En primer lugar alegó la recurrente que durante el proceso fueron planteadas diversas cuestiones, tales como la prescripción de la acción penal, nulidades procesales y la inconstitucionalidad del artículo 268 (2) del Código Penal, que finalmente han sido objeto del recurso extraordinario que fue declarado inadmisibile por esta Sala IV el 15 de abril de 2004, por considerarse que las resoluciones impugnadas no reúnen el carácter de sentencia definitiva que exige el artículo 14 de la Ley 48 ni tampoco lo es por sus efectos; denegatoria que motivó el recurso de queja que se encuentra, según la recurrente, y al momento de interponer el presente recurso de casación, en trámite ante la Corte Suprema.

Al respecto, refirió que no obstante no encontrarse firmes aquellas decisiones que cuestionó, se dictó la sentencia que ahora recurre, con la consecuencia de que, de prosperar aquel recurso mencionado, podría derivarse la nulidad del propio juicio y de la sentencia.

a.2. Nulidades del proceso:

a.2.1. En este acápite, la recurrente afirmó en primer término que el proceso resulta nulo por haberse iniciado sin que el delito se hubiese consumado, lo cual se vincula con la errónea interpretación de la ley sustantiva que se efectuó, pues en su criterio el delito contenido en el artículo 268 (2) del C.P. se consuma al “no justificar” el enriquecimiento patrimonial “apreciable” al ser “debidamente requerida”.

Alegó al respecto que de acuerdo con lo normado por el artículo 193 del Código ritual un sumario penal tiene por objeto -entre otros-: “...comprobar si existe un hecho delictuoso mediante las diligencias conducentes al descubrimiento de la verdad...” (inc. 1º), lo que supone como requisito de validez de su trámite vinculado tanto a la habilitación de la “capacidad” jurisdiccional como a la garantía constitucional del debido proceso, el previo acaecimiento de un ilícito. Por lo que ningún proceso penal puede instruirse para “provocar” en él la comisión del delito.

Añadió que se han producido gravísimas vulneraciones constitucionales ya que el propio Ministerio Público Fiscal, en el dictamen de fs. 956, busca apurar la “justificación” de ALSOGARAY por entender que de ese acto depende la consumación del delito, lo que implica reconocer que hasta entonces no existía, no obstante lo cual el proceso se instruía sin observarse las disposiciones a las que alude el artículo 167, inc. 1º), del C.P.P.N., en violación de la garantía republicana de la división del poder en tanto la única función que compete al Poder Judicial es la jurisdiccional que se habilita aquí frente a la

comisión de un delito; comprometiéndose también las garantías de juez natural, imparcialidad, debido proceso y defensa en juicio, pues los jueces y fiscales, al proceder de aquella forma, desnaturalizaron su función judicial.

a.2.2. En segundo lugar, adujo que el Código Procesal Penal de la Nación no prevé otras formas de intervención de la persona imputada más que las indicadas en los arts. 73 y 279 (que es espontánea) y 294 (de concurrencia -no declaración- obligatoria); por lo que resulta inadmisibles un "traslado" a la persona imputada sobre la "sospecha" para que haga una "justificación" que en definitiva es un descargo, pero que puede ocasionar -si no lo hace o no convence lo que dice- la consumación del delito, porque así se violenta la libertad de declarar.

Y agregó que esas "presiones" se agravaron en la resolución de fs. 1149/1152, donde el Juez Galeano al ordenar la convocatoria de ALSOGARAY para prestar declaración indagatoria, con motivo de que la justificación que había efectuado (fs. 959/967) no satisfizo a los agentes fiscales y al juez, efectúa una serie de recomendaciones y exigencias a la encausada y a sus abogados, que no podían más que estar destinadas al acto indagatorio, porque allí mismo lo estaba ordenando, a la par de conminar a la encausada a que aporte "absolutamente toda" la información que en definitiva podría ser de cargo. Olvidando así "la garantía de no autoincriminación" (arts. 18 de la C.N. y 296 del C.P.P.N.). Por lo que, concluyó, la indagatoria resulta nula por haberse forzado la intervención de la imputada y mediante un trámite que no está legislado (vulnerándose además el principio de legalidad contenido en el artículo 19 de la C.N., y de conformidad con lo que establecen los arts. 166, 167, inc. 3º, 168, 172, 296 y concordantes del C.P.P.N.).

a.2.3. Nulidad del informe de fs. 726 y de todas las actuaciones cumplidas con la intervención del contador Eduardo LAURENCE, incluyendo la declaración que éste prestó durante el debate:

En tal sentido adujo que LAURENCE es Secretario del Cuerpo de Peritos Contadores Oficiales de la Justicia Nacional, pero que "no está habilitado como perito", encontrándose reglamentariamente impedido de trabajar como tal; no obstante lo cual intervino en autos en esa condición y así se presentó a declarar durante el debate.

Agregó que sus tareas se cumplieron sin notificaciones a las partes ni intervención y control de ellas; y sin acotarle los puntos concretos de la colaboración que el Juez Galeano le pedía, invirtiéndose los roles al requerirle a LAURENCE la sugerencia misma de medidas de pesquisa. En tal sentido el decreto obrante a fs. 627 donde se le encomienda a LAURENCE que "...Dentro de la órbita de su conocimiento surgieran medidas o diligencias que consideren de importancia para el esclarecimiento del hecho investigado..."; siendo "igualmente destacables las de fs. 623, 630 y siguientes hasta el crítico informe de fs. 726...".

Consideró vulnerados entonces los artículos 257, 258, primera parte, y 260 del C.P.P.N.; produciéndose, a su criterio, la nulidad impetrada con ajuste en los artículos 167, incs. 2º) y 3º), y 168 del C.P.P.N.

Por último refirió que las razones para rechazar estas nulidades (Considerando Primero, punto III) no son compartidas por considerar que es inaceptable la producción de prueba no reglada y carente de formalidades como allí se alude, cuando tenga la misma naturaleza que la regulada y no exista ninguna razón para elegir un camino diferente.

a.3. Nulidad de la sentencia por arbitrariedad:

a.3.1. En primer término adujo que en la sentencia se señaló que “...En síntesis, la acción ilícita consiste en enriquecerse, es decir, en el aumento patrimonial apreciable y desproporcionado que produzca el funcionario o empleado público. La prueba de ese incremento se encuentra a cargo del Estado a través de los correspondientes órganos predeterminados (jueces y fiscales), y una vez probado ese incremento (y por lo tanto consumado el delito) se encuentra habilitada la vía para efectuar el requerimiento de justificación...”. Que en dichas consideraciones se advierten incongruencias en cuanto a que el tipo penal no determina los órganos encargados de esa tarea, y de ahí uno de los argumentos que motivaron su pedido de inconstitucionalidad del artículo 268 (2) del C.P.; se da la idea de que el delito se consume cuando se prueba el incremento patrimonial, aseveración que no se condice con lo afirmado en la propia sentencia en cuanto se afirma que ello tiene lugar cuando se produce la acción de enriquecerse, y que confirmaría que el proceso se inicia antes de que se consume el delito.

a.3.2. Defectos en la enunciación de los hechos que se consideraron acreditados:

Al respecto refirió que se describió la plataforma fáctica materia de condena en forma imprecisa, violentándose el art. 404, inc. 3º), del C.P.P.N., en cuanto se hizo una mención de los bienes que ALSOGARAY poseía al momento de asumir sus funciones en el año 1985, sin el indispensable justiprecio de los bienes tomados a “fecha valor”; de la evolución de los valores y del movimiento fluctuante del patrimonio tomado como el “universo” con que jurídicamente es considerado. Adujo que el patrimonio es precisamente eso, el “universo de bienes de la persona”; y su evolución proyectada a lo largo de los años (que además en el caso son ciertamente muchos) debe ser prolijamente marcada y acotada; pero que en la especie examinada el caso nada de esto se hizo, ya que no se precisaron los valores tomados por cada bien, su eventual cotización real, depreciación o revalorización según los cambios del mercado y la vida útil, como tampoco ningún dato que concretamente determine la evolución de cada bien de los detallados, así como que, efectivamente, el resultado final es de mucho mayor valor que el tomado como punto de partida. Que la

simple muestra de un detalle final más extenso que el de origen no significa que valga más; ya que puede haber más bienes pero de menor valor.

Que finalmente se afirmó en la sentencia que *“...Ahora bien, del conjunto de prueba reunido en el debate en las condiciones ya referidas en el considerando segundo 1), los suscriptos tienen por debidamente acreditado que María Julia Alsogaray se enriqueció ilícitamente en la suma de quinientos mil dólares (U\$S 500.000= y seiscientos veintidós mil pesos (\$ 622.000), encontrándose no justificados los honorarios provenientes de la firma “Astilleros Alianza S.A.” y la percepción de fondos provenientes de la ley “S” 18.302...”*. Párrafo que, a criterio de la defensa, evidencia la disociación con todo lo que se sostuvo en la sentencia acerca del momento consumativo del delito pues, además de no contener mención alguna de las circunstancias de tiempo, lugar, y modo en que tuvo lugar dicha conducta, resulta que no son montos detectados por la investigación como incremento patrimonial, sino cantidades declaradas en general por su asistida cuando informó sus ingresos. Es decir que se confundieron los ingresos informados y aportados por la imputada con la acción del enriquecimiento que se ha señalado como momento consumativo. Que la acusación y la sentencia debieron precisar dónde y cuándo se verificó el incremento económico, y en qué movimientos económicos o capitales se advierte.

Afirmó que debió haberse procedido de la siguiente manera: “Tener por debidamente acreditado que, con fecha... el imputado se enriqueció ilícitamente en la suma de pesos... al ingresar en su patrimonio el inmueble de la calle... no pudiendo justificar los recursos económicos con los que concretó tal adquisición en tanto el dinero que dice haber recibido en concepto de... no se encuentra debidamente acreditado”. Que en el caso, la imposición del hecho y el reproche final no contienen ninguno de esos enunciados, sino que se construyen partiendo del acto de justificación producido por ALSOGARAY y no del enriquecimiento.

Que, en definitiva, resulta que ALSOGARAY se defendió de lo que declaró, y que se confundieron los elementos de la “acción de enriquecerse” con los “elementos de la justificación”.

Finalmente, recordó que se dijo en la sentencia que *“...tengan su origen en los fondos de la ley 18.302 (que prevé que esas asignaciones sean exclusivamente para gastos de defensa y seguridad) o en alguna otra partida del tesoro -que tal como coligiéramos no las podía preveer para estos fines-, el pago de sueldos no previstos legalmente constituye una actividad irregular e ilícita de los funcionarios encargados de administrar los fondos utilizados, que podría encontrar significación jurídica en el delito de administración fraudulenta -agravada por ser en perjuicio de la administración pública- o como ha sido el criterio del Juzgado interviniente en la investigación en curso, del delito de malversación de causales públicos...”*. Que entonces si está probado el ingreso de estos

dineros al movimiento económico de mi asistida y que ello constituye el delito de administración fraudulenta agravada o malversación de caudales, esto no puede integrarse a un reproche distinto de esos delitos, es decir no puede enmarcarse como enriquecimiento ilícito porque estamos hablando de la misma acción; y, en todo caso, el resultado económico sería el producto de otra ilicitud y no un enriquecimiento como el que la figura legal que nos ocupa pretende reprimir. Y que el eventual carácter ilícito de estos ingresos no ha sido materia de este proceso ni ha estado en miras de la actividad defensiva, por lo que sería un supuesto fáctico completamente distinto y la condena estaría concentrada así en un hecho del que su defendida no se defendió, sino con el que se defendió.

Al respecto, refirió que la posible ilicitud en la recepción de esos dineros debe ser juzgada aparte, en el proceso específico que ya está abierto y ante el juez natural de esa causa, y que no debe olvidarse que nadie puede ser juzgado dos veces por un mismo hecho, por lo que incluir esta imputación cierra las puertas de la justicia con relación a ALSOGARAY respecto de los delitos que el mismo tribunal califica como de administración fraudulenta o malversación de caudales públicos. Y que tampoco puede olvidarse el carácter residual del enriquecimiento ilícito -magüer su defectuosa redacción legal- que implica que, acreditada la comisión de otro delito, es éste el que prevalece y no aquel que operaba ante la falta de verificación del realmente cometido.

Agregó que si en la causa donde se investiga este sistema de pagos dinerarios que se acreditó, se concluye finalmente en la inmoralidad de ello pero a la vez en su atipicidad, se restaría ilicitud a tales ingresos y sólo cabría un recurso de revisión para esta condena; por lo que no puede integrarse a la condena ahora dictada.

#### a.3.3. Arbitraria apreciación de pruebas:

Adujo en este aspecto que en muchos casos se han parcializado declaraciones de testigos, se ha omitido el tratamiento de partes testificales relevantes y se han valorado elementos de prueba de manera incongruente con otros análisis y decisiones.

Indicó, como ejemplo, que no se tomaron expresiones del Contador FURLONE que pese a la confrontación judicial que mantiene con su asistida (que le sigue a FURLONE como querellante en un proceso ante el Tribunal Oral en lo Criminal Nro. 1 de esta ciudad) afirmó la existencia del contrato de ella con ASTILLEROS ALIANZA. Y que del mismo modo los testigos mencionados en la sentencia -Hilda GUTIÉRREZ, Antón DE BIANCHI, Patricia CAO SARAIVA y Hernán GÓMEZ BENGUA- dijeron mucho más que lo tomado en la sentencia, donde, como contrapartida, se consideraron como cargosos testimonios que sólo podían alentar dudas y, desde esa perspectiva, hesitaciones que deben ser resueltas a favor de ALSOGARAY, por estricto imperativo legal del *favor rei*. Aclaró que el detalle exhaustivo de la parcial apreciación de esta prueba testimonial sería efectuado ante el tribunal casatorio.

Agregó, respecto de la documentación respaldatoria de la efectiva existencia de este contrato y del pago de los honorarios, que estos documentos estaban tildados de falsos y no pudieron ser judicialmente declarados tales, pues se declaró la prescripción a su respecto; por lo que deben ser considerados válidos y eficaces para demostrar aquello que contienen. Y entonces no hay congruencia en la decisión de mantener su validez documental pero no darle el crédito probatorio que merecen, y menos dictar una condena por esa línea desplazando el valor convictivo que tales instrumentos mantienen.

Por último, refirió que “las consideraciones vertidas sobre las formalidades sacramentales que esos documentos tendrían que tener, al igual de si el gasto era ‘extraordinario’ o no para la empresa en convocatoria de acreedores y/o las demás cuestiones relativas a los libros y el manejo de ASTILLEROS ALIANZA; son criticables tanto por la arbitrariedad en que se incurre al apreciar esos extremos como por la errónea aplicación que se hace de las leyes sustantivas no penales que gobiernan esas relaciones y actividades civiles y comerciales”; aclarando que esas cuestiones serían también desarrolladas en la ocasión invocada por el artículo 466 del C.P.P.N.

1.b. ERRORES IN IUDICANDO: art. 456, inciso 1º, del C.P.P.N.:

1.b.1. Errónea interpretación del artículo 268 (2) del Código Penal:

Al respecto adujo que el tribunal consideró que el delito se consuma con la acción de enriquecerse, es decir, cuando ocurre el incremento patrimonial, pero que según la letra del tipo penal ello sucede cuando el funcionario “no justificare” su enriquecimiento, remitiéndose a los fundamentos que dieron origen a la incidencia referida en el acápite 1.a.-, precedente -postura que, según la defensa, también fue sostenida por la Fiscalía-.

1.b.2. Errónea aplicación de lo dispuesto por el artículo 23 del C.P.:

Sostuvo que la imposición del decomiso se efectuó mediante una errónea y forzada interpretación de ese dispositivo, supuestamente tomado en su redacción anterior pero asignándole la misma virtualidad que la versión actualmente vigente; violándose el principio de aplicación de la ley penal más benigna.

Al respecto recordó las consideraciones efectuadas en el voto en disidencia que en este aspecto efectuó el doctor Vaccare, quien sostuvo que “el ilícito en cuestión no es susceptible de decomiso dado que éste lo es sobre los instrumentos del delito, es decir los elementos utilizados para cometerlo, o sobre los efectos provenientes del mismo. El primer supuesto es obvio que no se da en la figura de enriquecimiento ilícito y entiendo que tampoco el segundo porque el enriquecimiento no es efecto proveniente del delito sino que, por el contrario, el patrimonio que no se pudo justificar es lo que constituye el delito, pero ello no califica de ilícito el origen del mismo”. Que “La diferencia es sutil pero a poco que reparemos que en ningún momento se investigó cuál era el origen real de los bienes no justificados, ni mucho menos aún se determinó la ilicitud de ese origen, mal podemos decir

que ellos provienen de un delito. En ninguno de los dos supuestos que, por unanimidad, tuvimos por no justificados dijimos que esas sumas provenían de algún delito, y por ello es que sostengo que no pueden ser decomisadas, más allá, o más acá, de que tomemos al ilícito en cuestión como delito de omisión -no justificar-, o de acción -enriquecerse-. Que “si el delito de enriquecimiento ilícito es susceptible de decomiso (art. 23 del C.P.)”, como sostiene el voto de la mayoría, cómo se explica que la ley 25.188, modificatoria del Código de fondo, establezca en el nuevo art. 23 el decomiso de “... las cosas o ganancias que son el producto o el provecho del delito”, y por el nuevo artículo 268 (2) que la misma ley contempla, fije como pena conjunta con la de prisión una de multa del cincuenta por ciento al ciento por ciento del valor del enriquecimiento. ¿Que sentido tiene la multa del nuevo artículo 268 (2) si con el decomiso del art. 23 era suficiente?”.

La recurrente agregó que, en la anterior redacción, la figura del artículo 268 del C.P. no contiene pena de multa en tanto la que sí podría haber resultado de posible aplicación es la sanción accesoria del artículo 22 bis del C.P. que tiene un tope de noventa mil pesos, estos es muy lejos de las cantidades y tipo de moneda expresado en el punto dispositivo VI del fallo.

También se agravó de que la pena pecuniaria aplicada fue en dólares, cuando este tipo de penas deben ser expresadas en moneda de curso legal; no sólo porque la que se conocía como “ley de convertibilidad” ya fue derogada, sino porque “nuestra expresión legal represiva nunca fue “dolarizada” y siempre el catálogo de penas de esa índole mantuvo sus expresiones en la moneda de curso legal que fue y sigue siendo el peso argentino.

#### 1.b.3. Errónea aplicación de los artículos 26, 40 y 41 del C.P.:

Se agravia en este aspecto tanto en relación a la cuantía del monto punitivo de 3 años de prisión que le fue impuesta a su asistida, como por su modo de cumplimiento efectivo, aspectos que han sido sustentados arbitraria e irrazonablemente por el tribunal.

Luego de transcribir el voto en disidencia que en este aspecto también emitió el doctor Vaccare, remarcó que el voto de la mayoría evaluó como agravante “...la pluralidad de los cargos públicos ocupados en distintas áreas de la administración, tal como queda detallado precedentemente y la permanencia en la función pública, extendida a lo largo de catorce años en altos cargos jerárquicos...” Al respecto, sostuvo la recurrente que a ALSOGARAY se le ha aplicado la pena de inhabilitación que es la que guarda vinculación directa con la función pública, por lo que no parece razonable que los elementos agravantes transcriptos graviten sobre la pena de prisión, como evidentemente lo han hecho, pues resulta impensable que sólo sus condiciones personales que también citan (situación familiar, profesión, origen social, infancia, educación general) operen de esa forma, cuando revelan la completa falta de peligrosidad que evaluó el doctor Vaccare. Y máxime si se



repara en que la calidad de funcionario público ya está integrada al tipo penal, por lo que su específica evaluación como agravante duplica la evaluación de ese requisito tipificante.

Agregó que las pautas mensurativas declamadas tampoco están analizadas y valoradas con la necesaria distinción relativa a cuál o cuáles de las penas impuestas están afectando, o en qué medida respecto de cada una, lo cual afecta la fundamentación del fallo e impide el adecuado ejercicio de derecho de defensa en tal sentido.

Que, asimismo, debió haberse dejado la pena en suspenso de conformidad con el criterio de la minoría que sostuvo “la inconveniencia de la aplicación de las penas privativas de libertad de corta duración de cumplimiento efectivo y que, en atención al principio de proporcionalidad que debe regir toda decisión judicial, se ha de considerar que la índole del bien jurídico protegido y las circunstancias del hecho incriminado, no justifican la imposición de una pena a cumplir, con los inevitables efectos de aislamiento y estigmatización que afectarían de manera significativa las condiciones vitales de la condenada que se encuentra en una situación de inserción familiar y social conforme se apreciara durante el debate”. Y que la condena en suspenso, “por sí sola, ampara el bien jurídico protegido al impedir una futura designación de la condenada en la función pública”.

## 2. RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD:

### 2.a. Inconstitucionalidad del artículo 268 (2°) del Código Penal:

Consideró la defensa que la mencionada disposición resulta inconstitucional por las siguientes razones:

#### 2.a.1. Indeterminación del tipo penal:

Adujo que se afecta el principio de legalidad por la indeterminación de los elementos del tipo objetivo.

Que advierte una indeterminación de la figura del requirente, en tanto no se especifica quién o quienes -personas, autoridad y/o poder- se encuentran habilitados para efectuar el requerimiento ante el cual surja la obligación del presunto autor de justificar la procedencia del enriquecimiento patrimonial apreciable. En tal sentido la defensa sostiene su parecer en cuanto a que sólo podría formularlo un tercero ajeno a la actividad jurisdiccional, pues de lo contrario se afectaría el principio de legalidad del que resulta que la investigación de un hecho presuntamente constitutivo de ilícito impone la anterioridad de éste al proceso mismo.

Que no se establece bajo qué condiciones y en qué circunstancias se legitima el requerimiento: ya que del texto legal pareciera que el único condicionante para efectuarlo es la existencia de un “enriquecimiento patrimonial apreciable”, lo cual implica que ante la mera consideración del requirente de la concurrencia de un enriquecimiento de tales características, el funcionario y/o empleado público puede ser requerido y obligado a justificar su procedencia, sin ninguna otra limitación; ni cómo debe hacerse ese

requerimiento “debido”. Toda vez que, además, no se precisa, qué parámetros deberían tenerse en cuenta, para determinar cuándo hay enriquecimiento patrimonial “apreciable”; ni se determina el aspecto temporal en cuanto a que si bien el texto legal fija un punto de partida al señalar que el enriquecimiento debe haber “ocurrido con posterioridad a la asunción de un cargo o empleo público y hasta dos años después de haber cesado su desempeño”, lo cierto es que “tratándose el delito de la no justificación del incremento patrimonial ante su debido requerimiento y no estableciéndose un tope temporal para ese reclamo, pareciera que el autor queda *sine die* -por su solo desempeño en el ejercicio de la función pública- expuesto a ser investigado por las alteraciones que sufriera su estado patrimonial durante su desempeño y hasta dos años después de haber cesado en él. Consecuencia esta última que conduce, asimismo y a criterio de la impugnante, a consagrar una especie de imprescriptibilidad de la acción penal, contrariando la seguridad jurídica.

#### 2.a.2. Inversión de la carga de la prueba:

Afirmó que la exigencia de que el imputado justifique su incremento patrimonial significa que la autoridad que le formula el requerimiento no tiene que probar su sospecha sino que el funcionario debe probar que es inocente; implicando ello la imperiosa necesidad de que el sospechado “declare”, pues si optara por guardar silencio debería pagar el altísimo costo de quedar automáticamente incurso en el delito en cuestión, de lo que se sigue que su silencio, más que generar una prueba prohibida en su contra, provoca la comisión misma del delito. Y, de igual modo, si la justificación no satisface a la autoridad requirente. Que, entonces, las causas sustanciadas por este delito serían las únicas en las que el imputado no tendría derecho a guardar silencio en su declaración, con la violación clara del principio de inocencia y de la garantía de no autoincriminación que eso conlleva.

Refirió que por aquellas razones debe concluirse que el requerimiento no puede formularlo el juez ni el fiscal interviniente -lo cual deriva de la propia naturaleza y estructura básica del proceso penal-, y es lo que se hizo justamente en el presente proceso, motivando los planteos de nulidad formulados. Que si fuere de modo contrario, serían aquéllos los que a la postre evaluarían si el funcionario justificó o no su incremento patrimonial, cuando para ello ya previamente habrían decidido si correspondía requerir aquella justificación, lo cual implica un juicio de valor previo ya que pedir esa justificación implica la actividad de advertir y calificar el incremento patrimonial. Estas autoridades al tiempo que provocan la consumación delictiva al no darle crédito a la justificación o valorar el silencio del funcionario en su contra, luego evalúan si éste ha delinquido.

#### 2.a.3. Situación de la persona interpuesta:

Adujo la recurrente que la redacción normativa coloca a la persona interpuesta para disimular el enriquecimiento ilícito del funcionario en una posición accesorio y dependiente del principal que es el funcionario, quedando integrado al delito de éste sin

ninguna intervención en la actividad del verbo típico aplicado al funcionario, esto es: “no justificar”. Que el problema radica en la incongruencia de prever un sujeto como el partícipe del delito principal pero asignándole un verbo típico muy diferente, como si se tratara de una figura ilícita autónoma a la del funcionario cuya suerte se supone que acompaña; y que la conducta del partícipe sería congruente si al funcionario se le endilgara la acción (verbo) de enriquecerse, mas no la omisión de justificar su aumento patrimonial.

Que, por otra parte, para la persona interpuesta valen las mismas objeciones constitucionales que para el principal, ya que ante la indefensión en que se halla frente al fenómeno delictivo que se pretende y frente al proceso mismo -administrativo y judicial-, se le suma también la inseguridad jurídica relativa a la virtual imprescriptibilidad de la acción penal, aún cuando su supuesta acción delictiva pueda estar claramente fijada en el tiempo pues se tratará del momento en que “se interpuso para disimular el enriquecimiento”. Pero, “como su aparición en la escena de ilicitud no está habilitada hasta que lo esté para el funcionario, debe seguir la suerte de él y sufrir las consecuencias de una previsión legal que en su dinámica no es la que en realidad le corresponde”.

#### 2.a.4. Momento consumativo del hecho. Prescripción de la acción penal:

Reiteró en este punto que como el verbo típico de la figura es “no justificar” la procedencia del incremento patrimonial apreciable cuando ello le es “debidamente requerido” al funcionario; y que es indispensable observar que al no fijar la ley un término final para ese requerimiento de justificación y no existiendo consumación posible antes de él, la posibilidad de exigirlo y por tanto de cometer el delito se extendería sin límites burlando de esa manera las disposiciones sobre la prescripción de la acción; circunstancia inconciliable con la libertad, la seguridad jurídica, la legalidad y la dignidad humana al punto de estigmatizarla sin derecho al olvido.

2.a.5. Por último, reiteró cuáles son las garantías constitucionales que -según la recurrente- resultan violadas por el tipo penal en cuestión: principios de legalidad, de inocencia e igualdad ante la ley; la libertad de declarar y de no autoincriminación, defensa en juicio, razonabilidad y debido proceso, así como todas las demás que surgen citadas y aludidas en esta presentación. Y que entran en este compromiso constitucional los arts. 1 (por el principio republicano de división de poderes, en el caso porque la función jurisdiccional es desnaturalizada por la actividad cumplida en el proceso fuera de la capacidad funcional y competencia del Ministerio Público y del Poder Judicial), 16, 18, 19, 28, 31, 75, inc. 22 y 23, 116 y 120 y concordantes de la C.N. Agregando en tal sentido que se remite a las consideraciones efectuadas por el doctor Loñ en su dictamen académico, y que se lo considere parte de este escrito y “queden introducidas como expresas alegaciones de la defensa en sostén de las pretensiones deducidas” y “De igual modo con el restante material adjunto que ya fue explicado al comienzo”.

## 2.b. La ley 18.302:

Recordó la recurrente que durante el debate planteó la inconstitucionalidad de la ley secreta Nro. 18.302, en razón de su carácter secreto, y “por las implicancias y perjuicios que de ello derivan”.

Que la sentencia recurrida tiene la particularidad de haber aceptado como principio general la inconstitucionalidad de las leyes secretas y por tanto de la Nro. 18.302 que aquí se plantea; pero no la declaró en el caso por entender que no ocasionó el perjuicio que habilite a efectuar tal invalidación constitucional sin que la decisión judicial resulte abstracta. Remarcó que no está en discusión el carácter y contenido repugnante a la Constitución Nacional que se evidencian en esta ley, sino su gravitación perjudicial en el caso que nos ocupa y así la procedencia de que se declare su inconstitucionalidad.

Afirmó que la ley cuestionada “ocasionó graves perjuicios a su defendida, al caso planteado, al proceso mismo y en definitiva al interés general de la sociedad que no está ausente en el *sub examine*, sino todo lo contrario, tanto por el tipo de delito tratado como porque se trata del ejercicio de la “acción pública”, elementos todos ellos más que suficientes para habilitar el pronunciamiento reclamado por la suscripta”.

Encauzando su agravio en orden a lo dispuesto por el artículo 404, inciso 2º), del C.P.P.N., refirió que la sentencia resultó contradictoria al tratar el tema referente al perjuicio generado por la ley mencionada. Ello pues en una parte del fallo se sostuvo que la ley 18.302 no ocasionó perjuicio a su defendida, mientras que en la otra -considerando primero, punto II)- se remarcó que el mismo sistema derivado de esa ley perjudicó a sus beneficiarios -entre ellos ALSOGARAY-, en tanto los deja en imposibilidad de probar de modo suficiente tanto la percepción de esos dineros como los períodos en que fueron recibidos y las respectivas cuantías de los emolumentos. Específicamente que “...Alsogaray manifestó, en sus declaraciones juradas del período 1992/1997, haber percibido un total de 622.000\$ en concepto de ingresos provenientes de sobresueldos derivados de la ley 18.302... Se ha producido prueba en autos... pero... no es, a nuestro criterio, suficiente. No se ha demostrado ni durante cuánto tiempo puede haber cobrado, ni el quantum del supuesto emolumento... Es que el mismo sistema perverso e ilegal de cobro de sobreasignaciones genera propias trampas en perjuicio de sus supuestos beneficiarios: no deja rastros, no hay recibos firmados, ni contabilidad que acredite ni cómo, ni cuándo, ni cuánto cobra el funcionario...”.

3. Por último mantuvo la reserva del caso federal para recurrir ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Y su “decisión” de dar intervención a la Corte Interamericana de Derechos Humanos denunciando al Estado Argentino por las violaciones de derechos y garantías supranacionales que entiende verificadas.

4. Respecto de los honorarios regulados al Ministerio Público de la Defensa -

que están previstos en el caso de resultado condenatorio e integrando las costas del proceso-, destacó que la firmeza de dicha decisión depende de la del fallo principal que la integra; por lo que no corresponde anticipar su ejecución, pues en la hipótesis de prosperar el planteo defensivo principal el pronunciamiento absolutorio liberaría a su defendida del pago de las costas procesales entre las que se incluyen estos honorarios de la defensa oficial.

5. Finalmente solicitó que se haga lugar a los recursos interpuestos, absolviendo a ALSOGARAY del delito que se le atribuye, sin costas.

IV. Que durante el término previsto por los artículos. 465, primera parte, y 466 del C.P.P.N., se presentó el señor Fiscal General ante esta Cámara, doctor Raúl Omar PLEÉ, solicitando que se rechacen los recursos interpuestos, por las consideraciones de hecho y de derecho allí expuestas (fs. 6883/6886).

V. Que, en el mismo plazo procesal, se presentó la señora Defensora Pública Oficial, doctora Laura Beatriz POLLASTRI, asistiendo a la antes nombrada, reiterando en lo sustancial algunos de los planteos formulados en los recursos de casación e inconstitucionalidad interpuestos, efectuando citas doctrinarias en apoyo de su postura, y agregando algunas consideraciones relativas a la arbitraria evaluación de las pruebas efectuada en la sentencia, alegando que se parcializó la declaración del testigo FURLONE, omitiendo el tratamiento de partes relevantes de sus dichos, los que además fueron valorados de manera "incongruente con otros análisis y decisiones" (fs. 6888/6897).

VI. Que, luego de realizada la audiencia prevista por el art. 468 del C.P.P.N., de la que se dejó constancia a fs. 6938, quedaron las actuaciones en estado de ser resueltas. Que, efectuado el sorteo de ley para que los señores jueces emitan su voto, resultó el siguiente orden sucesivo de votación: doctores Gustavo M. Hornos, Pedro Rubens David y Amelia Lydia Berraz de Vidal.

**El señor juez Gustavo M. Hornos dijo:**

I. Ingresando al estudio de los recursos de casación e inconstitucionalidad interpuestos, corresponde otorgar tratamiento previo al planteo referido en el punto III.1.a. de los resultandos, por el que la recurrente se agravia de que la sentencia fue pronunciada cuando todavía se encontraban pendientes de resolución el recurso extraordinario y la queja por su denegatoria interpuesta ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación -pertinentes, en definitiva, a los planteos de prescripción, nulidades procesales e inconstitucionalidad del artículo 268 (2) del Código Penal, y que fueron rechazados por el tribunal *a quo*-.

Amén de que dicho planteo presenta importantes defectos de fundamentación en la medida en que no ha sido mínimamente sustentado por la recurrente en la indicación y análisis de las disposiciones procesales que con dicho proceder consideró

violadas o inobservadas, lo cierto es que la Corte Suprema de Justicia de la Nación, con fecha 24 de agosto de 2004, ha rechazado el recurso de queja por denegatoria del recurso extraordinario que fue interpuesto por esa parte, por considerar que la resolución contra la cual se dirigía dicha impugnación no reunía el carácter de sentencia definitiva o equiparable a tal -art. 14 de la ley 48- (cfr.: C.S.J.N.: A.542/04. XL, "Alsogaray, María Julia s/ enriquecimiento ilícito y falsificación de documento público -causa N° 684-, rta. el 24/8/04).

En atención a ello, y toda vez que las sentencias han de ceñirse a las circunstancias existentes cuando ellas se dictan, aunque éstas sean sobrevinientes al recurso deducido, corresponde el rechazo del recurso en este aspecto incoado (cfr.: Fallos: 310:112, 311:787, causa R.210.XXIV "Rossi Cibilis, Miguel Angel y otros s/acción de amparo", del 8 de septiembre de 1992; entre muchos otros; así lo ha entendido también esta Sala IV en las causas Nro. 449: "Osores, Marcelo Mauricio s/recurso del art. 445 bis del C.J.M.", Reg. Nro. 735, rta. el 30/12/96; Nro. 605: "Molina, Horacio Alejandro y otro s/recurso de queja", Reg. Nro. 901, rta. el 5/8/97; y Nro. 624: "Grimoldi, Alberto Luis s/recurso de casación", Reg. Nro. 1206, rta. el 3/4/98; entre otras).

II. Formulada la precedente consideración, cabe señalar que algunos de los planteos efectuados en la impugnación casatoria en orden a la inconstitucionalidad del artículo 268 (2) del Código Penal, la interpretación y aplicación que de él se ha realizado en la sentencia, y varios de los vicios de carácter procesal que pretende configurados la defensa, se han apoyado en argumentos que se interrelacionan, de manera entonces que se presenta necesario, para una mejor claridad expositiva de estos temas, comenzar el examen reclamado a esta instancia por el análisis pertinente a la configuración del tipo penal y el relativo a su constitucionalidad, para abordar luego las demás cuestiones presentadas.

Asimismo, el estudio propuesto en torno a la constitucionalidad del artículo mencionado deberá efectuarse a la luz de la doctrina sostenida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en cuanto a que "la declaración de inconstitucionalidad de una disposición legal es un acto de suma gravedad institucional, pues las leyes dictadas de acuerdo a los mecanismos previstos en la Carta Fundamental gozan de una presunción de legitimidad que opera plenamente, y obliga a ejercer dicha atribución con la sobriedad y prudencia, únicamente cuando la repugnancia de la norma con la cláusula constitucional sea manifiesta, clara e indudable" (Fallos: 314:424; 319:178; 266:688; 248:73; 300:241), y de "incompatibilidad inconciliable" (Fallos: 322:842; y 322:919); y cuando no exista la posibilidad de otorgarle una interpretación que se compadezca con los principios y garantías de la Constitución Nacional (cfr. C.S.J.N.: Fallos 310:500, 310:1799, 315:1958, entre otros; citados en la causa Nro. 2509, "MEDINA, Daniel Jorge s/ recusación", Reg. Nro. 3456, rta. el 20/6/01). Razones que conllevan a considerarla como *última ratio* del orden jurídico (Fallos 312:122; 312:1437; 314:407; y 316:2624), es decir, procedente "cuando no existe otro modo

de salvaguardar algún derecho o garantía amparado por la Constitución” (Fallos: 316:2624).

Ahora bien, el artículo 268 (2), incorporado por la ley 16.648 -y que ha sido aplicado en el presente caso en virtud de lo dispuesto por el artículo 2 del Código Penal por resultar dicha disposición más benigna que la incorporada por la reforma operada por la ley 25.188-, preveía que será reprimido con reclusión o prisión de dos a seis años e inhabilitación absoluta de tres a diez años, 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. La prueba que ofrezca de su enriquecimiento se conservará secreta, a su pedido, y no podrá ser invocada contra él para ningún otro efecto.

Como es sabido, una intensa polémica se ha abierto en relación a la constitucionalidad de esta figura, discusión que se ha originado, en parte, en la defectuosa redacción de la disposición transcrita, y se ha visto condicionada, además, por las diferentes posiciones seguidas en torno a sustanciales cuestiones como las referidas a la determinación del bien jurídico protegido y la conformación y naturaleza del tipo penal.

Partiendo en el análisis dogmático de este delito de la conceptualización del bien jurídico protegido, es del caso recordar que la figura contenida en aquel artículo integra el Título 11 denominado “Delitos contra la Administración Pública”, y que ha sido definido por Ricardo Núñez como “protección a la normalidad del ejercicio de las funciones legislativas, ejecutivas y judiciales en los tres ámbitos homónimos, normalidad que se protege frente a los abusos de los que desempeñan esas funciones (funcionarios o empleados públicos) y a los atentados de los terceros, destinatarios o no del acto funcional” (cfr.: “Derecho Penal Argentino”, T. VII, pág. 18, Bs. As., Ed. Lerner, 1974). Entendiéndolo Sebastián Soler como “el normal, ordenado y legal desenvolvimiento de la función de los órganos del Estado, en todas las ramas de sus tres poderes” (“Derecho Penal Argentino”, Ed. Tea, Ed. 1983).

Su significado resulta amplio, pues gira en torno a intereses sociales e individuales respecto del desenvolvimiento de la función pública, por lo que debe ser definido el contenido tutelado por cada infracción.

Es 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 (cfr.: Goscilo, Antonieta: “Los bienes jurídicos penalmente protegidos”, Lecciones y Ensayos, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, diciembre de 1981).

Cabe destacar que el artículo 268 (2) del Código Penal contiene un delito de los denominados “especiales”, esto es, aquellos cuyo sujeto activo debe reunir determinadas características que no son comunes a todos los ciudadanos, por lo que el marco normativo desde el cual se analice la figura allí contenida responderá a la regulación que se efectúa de determinadas exigencias de índole constitucional que se corresponden con los principios de transparencia y publicidad de los actos de gobierno que se desprenden de la adopción del sistema republicano (art. 1 de la C.N.).

En este caso, además, conviene recordar que si bien el concepto de funcionario público a los efectos penales no se corresponde con el estricto concepto administrativo sino que se sitúa dentro de los más amplios márgenes establecidos en el artículo 77 del cuerpo sustantivo -que designa “funcionario público” a todo aquel que participa accidental o permanentemente del ejercicio de funciones públicas-, las obligaciones que le caben han sido caracterizadas con mayor exactitud desde la sanción de la Ley de Ética Pública, lo que no importa, empero, desconocer que ya con el dictado de la ley 16.648 se puso de resalto el interés que tiene la sociedad en que el funcionario no corrompa la función pública ni el mandato llamado a cumplir (cfr. Dictamen de Ricardo C. Núñez -de diciembre de 1963- a la consulta formulada por el Ministerio del Interior sobre el proyecto de ley del Poder Ejecutivo).

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 H. Congreso de la Nación, Debate de la ley 16.648, p. 3067), quienes tienen un deber cualificado que les es propio.

El valor asignado al interés público y a la publicidad de los actos de gobierno como elemento de la organización representativa y republicana que nos rige, es puesto de resalto en Fallos 321:2258 -si bien al sostener que la derogación del desacato no constituye una modificación al sistema de responsabilidad vigente, sino un reaseguro para el derecho de informar-.

De manera que el criterio de interpretación que surge de los postulados de la democracia constitucional y que, por tanto, debe también considerarse, es el del interés público, que también se manifiesta en la transparencia con la que deben manejarse los encargados de la cosa pública.

Específicamente, y en orden al título que lleva el Capítulo IX bis del Código Penal: “Enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados”, podría aseverarse, liminarmente, que la disposición legal analizada y que se encuentra allí incluida, no se endereza a la represión penal del funcionario honesto que puede verse comprometido ante un aumento de su patrimonio por sospechas malévolas, sino que se trata de prevenir



conductas anormales que persigan el logro de esos aumentos patrimoniales en violación del bien jurídico protegido antes descripto (cfr.: Creus, "Delitos contra la Administración Pública", Ed. Astrea, Bs. As., 1981, págs. 416 y 417).

Cierto es que en la opinión de quienes concibieron esta figura se vislumbra, en alguna medida, la intención de crear un tipo penal que permitiese castigar los casos de "enriquecimiento ilícito", aún pese a las dificultades probatorias que pudieren presentarse.

El autor del proyecto que concretó su incorporación al Código Penal -Ricardo Núñez- expresó que se resguarda "la administración pública frente a hechos, motivados por el espíritu de lucro, que corrompen la actuación funcional pública" (cfr.: "Derecho Penal Argentino", Ed. Lerner, Córdoba, Tomo VII, p. 140). Pero más precisa, en cuanto a aquella finalidad, se advierte la opinión de Sebastián Soler, quien incluyó el delito en el proyecto de Código Penal de 1960, y destacó que hay delitos -mencionando la corrupción, la concusión, el peculado, las negociaciones incompatibles- que son "ejecutados ordinariamente de modo subrepticio y astuto, sirviéndose su autor de personas interpuestas y de simuladores. Así resulta que la dificultad de esa prueba concretamente referida a un hecho viene a determinar absoluciones que podríamos llamar escandalosas porque benefician a sujetos cuyo estado de fortuna ha cambiado ostensiblemente en el curso de pocos años de desempeño de una función pública sin que sea fácil señalar la procedencia ilícita de los bienes" (cfr.: "Proyecto de Código Penal de 1960", Bs. As., fundamentos transcritos en "Derecho Penal Argentino", Ed. Tea, Bs. As., 1992, T. V, pág. 266 y ss.). Asimismo, en algunos de los proyectos que antecedieron a la sanción del tipo penal introducido por la ley 16.648, y de sus fundamentos, se advierte el carácter supletorio o residual del delito respecto de los ilícitos cuya prueba "...generalmente es imposible..." (cfr.: los fundamentos que acompañaron a la primera presentación del proyecto del mes de septiembre de 1936, presentado a la Comisión de Legislación General de la Cámara de Diputados por Rodolfo Corominas Segura); y hasta una concreta inversión de la carga de la prueba contenida expresamente en el artículo 3, del proyecto presentado ante la Cámara de Senadores por el Senador Laureano Landaburu, en 1938, en cuanto disponía que "La prueba de que el enriquecimiento proviene de las causas mencionadas incumbe siempre al funcionario público" -en el artículo 2 se mencionaban los supuestos en los cuales se consideraría legítimo el aumento del patrimonio- (cfr. Pág. 228/229, Congreso Nacional -Reunión nro. 8- Cámara de Senadores, del 17 de junio de 1938-, Biblioteca del Congreso Nacional).

Sin embargo, tal como se encuentra hoy conformada la figura típica, podemos concluir que si bien la norma pretende evitar que los funcionarios utilicen sus cargos para enriquecerse indebidamente, lo cierto es que también se protege la imagen de transparencia y probidad de la administración y de quienes la encarnan. Bien jurídico éste que se lesiona, justamente, mediante el enriquecimiento apreciable e injustificado del funcionario o

empleado público durante la vigencia de la relación funcional o laboral, que constituye la acción típica.

Esta interpretación conjunta y armónica de ambos objetivos con la letra de la ley -aún cuando el texto resulte bastante defectuoso, como se dijo- es la que resulta acertada, y por lo que se verá descarta las interpretaciones que consideran que se trata de un delito de “recogida” (Sancinetti, Marcelo A.: El delito de enriquecimiento ilícito de funcionario público”, Ed. Ad-Hoc, 1994), que viola los principios de culpabilidad y de inocencia, creado por el legislador ante la evidencia diaria de no poder probarse la comisión de otros delitos que son causa del enriquecimiento (cfr.: C.N.C.y C.F.C.F., Sala IV, “Guglielminetti, Raúl A.”, rta. el 10/4/99).

En efecto, amén de las condiciones de “debido requerimiento” y “no justificación” por parte del funcionario, que contiene la disposición contenida en el artículo, la esencia del tipo penal radica en la presencia de un “enriquecimiento patrimonial apreciable” - y además injustificado-, expresión con la cual, cabe adelantar, no se está haciendo referencia, en primer término, al mero enriquecimiento obtenido en el período fijado por la ley, aún cuando pueda considerarse importante, sino que se expresa que ese incremento patrimonial debe ser “apreciable”.

Este adjetivo está tomado del Proyecto de 1941 -el de 1960 dice incremento “considerable” y el Decreto-Ley 4778/63 incremento “importante”-, y por tal debe entenderse el que “resulta considerable con relación a la situación económica del agente en el momento de asumir el cargo y que no está de acuerdo con las posibilidades de evolución normal de aquélla durante el tiempo del desempeño de la función” o después de haber cesado en la función “pero vinculado antes a ese ejercicio” (cfr.: Creus: “Delitos contra la Administración Pública”, ya citado, pág. 420, y Núñez: “Tratado de Derecho Penal”, Ed. Marcos Lerner Editora Córdoba, Bs. As., junio de 1992, pág. 145).

Coincide con esa idea Fontán Balestra, quien ha sostenido con meridiana claridad que dicha palabra es de significado relativo, como lo son sus sinónimos, por lo que una guía aceptable para determinar ese carácter apreciable del enriquecimiento “la constituiría el análisis de la proporción que resulte al relacionar el volumen del enriquecimiento con las entradas y bienes de fortuna que se le conocen al funcionario; de modo que el aumento pueda ser considerado como normal o no en la evaluación económica de ese patrimonio”, por lo que “sólo la apreciación de cada caso particular podrá dar la pauta”. Ese aumento patrimonial, entonces, debe ser el desproporcionado respecto de sus ingresos legítimos (cfr.: “Tratado de Derecho Penal”, T. VII, Ed. Abeledo-Perrot, Bs. As., 1990, pág. 357).

Esta significación dada a la acción contenida en el tipo penal objetivo se ve

reforzada por la Convención Interamericana contra la Corrupción, que en su artículo IX, al calificar el incremento del patrimonio que en términos penales debe resultar relevante, hace referencia, como luego se verá, al “significativo exceso respecto de sus ingresos legítimos”; expresión que otorga un nuevo argumento para definir el contenido del término “apreciable”, sin perjuicio del reconocido ámbito de discrecionalidad que permite esta clase de términos - que no arrojan, en principio, una regla precisa, sino que la precisión resulta clara cuando deben ser analizados, específicamente, en cada caso-.

De manera que otro dato de importancia es que el enriquecimiento que haya asumido aquella categoría debe carecer de justificación “en el sentido de no tener origen en una fuente legitimante compatible con el desempeño del cargo o el empleo de que se trate” (Núñez en la obra citada, pág. 145, nota (28), aclara que tiene justificación, por ejemplo, el enriquecimiento que proviene, obviamente, de emolumentos legales del cargo; del ejercicio de la profesión, oficio o actividad lícita, compatible con el ejercicio del cargo o del empleo público; o del legítimo acrecentamiento, adquisición o producción de bienes propios).

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, a la luz de todo lo expuesto, 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 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. 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.

Definida cuál es la acción que conforma la esencia del tipo penal en estudio, puede concluirse que no se trata entonces de un delito que se configure por la mera no justificación por parte de un funcionario o empleado público de un enriquecimiento considerable. Ello por cuanto cabe partir, a fuerza de resultar reiterativos, de que el tipo penal no está conformado por la no justificación, de quien haya sido debidamente requerido, del origen de un enriquecimiento patrimonial apreciable -suyo o de persona interpuesta para disimularlo-; sino por la acción de haberse enriquecido de ese modo y que no resulte justificado objetivamente. Esto implica que corresponde al Estado probar este extremo de la imputación delictiva fundada en los términos del artículo 268 (2) del Código Penal,

acreditando el injustificado enriquecimiento apreciable vinculado al ejercicio de la función pública (en el sentido de que no pudo concluirse como derivado o proveniente de sus haberes u otras fuentes lícitas).

La omisión de justificar pasa así a otro plano -contrariamente a lo que sostiene la defensa-, por lo que no puede sostenerse que se trate de un delito de omisión. En efecto, las consideraciones expuestas permiten concluir que no es aquello lo que fundamenta y tipifica el delito, pues aún cuando el funcionario violare, respecto de la doctrina que así lo considera, un “deber formal de justificar” el incremento patrimonial apreciable, si ello se justificara por un tercero, o por la prueba reunida por el órgano jurisdiccional, no habría afectación al bien jurídico; pues, como vimos, el núcleo del injusto típico está dado por el enriquecimiento apreciable objetivamente injustificado, lo cual nos acerca, antes bien, al campo de los delitos de acción (cfr.: en el mismo sentido Fontán Balestra, Carlos: ob. cit., pág 366; C.N.C.P., Sala I, causa Nro. 2697: “PICO, José Manuel y otra”, rta. el 8/5/00; C.N.C. y C.F.C.F., Sala II: “Coletti, Ricardo E.”, rta. el 4/5/04 y Sala I, causa Nro. 21.676: “Culotta, María Silvina y otro”, rta. el 6/10/04; entre varias otras).

En efecto, la consumación de este delito es anterior e independiente del requerimiento que menciona la figura. Así se ha dicho que no puede adoptarse como uno de sus elementos constitutivos una acción dependiente del Estado, que no quita ni agrega nada, en definitiva, a la decisión del sujeto de incrementar su patrimonio en forma injustificada (conf.: C.N.C.y C.F.C.F., Sala I, causa nro. 25.566: “Gentile”, Reg. Nro. 789, rta. el 14/10/04); ni puede asignarse entidad delictiva en los términos de esta figura penal a la circunstancia de que el sujeto no conteste el requerimiento de justificación patrimonial que se le efectúa en un proceso judicial, ni a la insuficiente explicación acerca del origen del enriquecimiento que realice en ese mismo marco, pues ambas situaciones deben reputarse manifestaciones del ejercicio del derecho de defensa en juicio, que debe ser garantizado al imputado libre de presiones y sujeciones de cualquier índole y no sometido a la coacción que implica la posibilidad de incurrir en responsabilidad penal (cfr.: C.N.C. y C. F.C.F., Sala II: “Coletti”, ya citado).

La cláusula del debido requerimiento y de la no justificación, sólo pueden entenderse como requisitos establecidos en exclusivo resguardo del derecho de defensa en juicio, para garantizarlo, y que tienen como objetivo que se asegure al imputado el conocimiento de la materia de imputación y la posibilidad de acreditar el origen lícito del incremento patrimonial apreciable e injustificado, que en principio se le enrostra. Y que entonces se enmarcan en la reafirmación del derecho a un debido proceso legal, en el que se asegure el adecuado ejercicio del derecho de defensa cubierto por todas las garantías previstas en el artículo 18 de la Constitución Nacional (y concordantemente en la normativa

internacional incorporada a nuestra Constitución Nacional con esa jerarquía en el artículo 75, inc. 22, de la Ley Fundamental. Así los artículos 11.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; 14.1, 14.2 y 14.3.a) y g), del Tratado Internacional de Derechos Civiles y Políticos; artículo 26 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; y artículo 8.1, 8.2.b., 8.2.c., 8.2.g., y 8.3, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos -Pacto de San José de Costa Rica-; entre otros).

En consecuencia, aquellos recaudos, contenidos en la disposición, no pueden ser interpretados como una exigencia de actividad probatoria dirigida al autor del actuar ilícito, y tampoco como elementos constitutivos del delito, como lo pretende la defensa, pues la injustificación se le imputa al funcionario público como inherente al incremento patrimonial, y es previa, por ende, al requerimiento de justificación, y al comienzo del proceso penal; el cual no se inicia, en modo alguno, para “provocar” durante su desarrollo la comisión del delito, como lo afirma la recurrente con cita de lo dispuesto en el artículo 193, inciso 1º), del C.P.P.N., que alega violado.

Por lo demás, la explicación del tipo penal en estudio como un delito de mera infracción al deber, aún cuando el deber del funcionario público de justificar su enriquecimiento resulte también abarcado, en parte, por el fundamento de la norma, no permitiría encontrarle sentido al castigo expreso de la persona interpuesta para “simular el enriquecimiento”; lo cual se explica, como expresamente se prevé en la ley, en la colaboración prestada para “disimular” el incremento patrimonial, o sea, en actos previos al requerimiento de justificación. La responsabilidad de este partícipe también encuentra coherencia si se entiende que lo que la ley reprime no es la mera infracción a un deber formal de justificar, pues, si quien debe justificar es exclusivamente el autor, no se advierte cómo la persona interpuesta puede participar en esa omisión (cfr.: Donna, Edgardo Alberto: “Derecho Penal. Parte Especial”, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fé, 2000, T. III, pág. 403; y Sancinetti, Marcelo A.: “El delito de enriquecimiento ilícito de funcionario público -artículo 268, 2, Código Penal-. Un tipo violatorio del Estado de Derecho”, Ed. Ad-Hoc, Bs. As., 2000, pág. 104).

Ahora bien, de conformidad con los conceptos desarrollados, y respecto de la

indeterminación en el condicionante “debido requerimiento” alegada también por la defensa en pos de la inconstitucionalidad de la disposición en estudio, cabe remarcar que él debe ser efectuado cuando se ha comprobado *prima facie* el enriquecimiento que reúna los caracteres ya descritos, y por cuyo motivo. Por lo que, en cuanto al modo, debe consistir en el acto de autoridad pública por el cual se le haga saber al funcionario o ex funcionario la constatación de aquella situación, con la mayor especificidad y precisión posibles respecto a todas sus circunstancias, y con el objeto de que el requerido pueda justificar, es decir, brindar las razones o argumentos de que la procedencia reconoce un origen legítimo.

Es que, sólo al conocer sobre qué bienes debe justificarse, el funcionario público podrá -si así lo desea- dar las explicaciones que considere pertinentes y ofrecer la prueba que, a su entender, corrobora sus explicaciones. Siendo que, en función del derecho de defensa, el imputado no podrá ser sorprendido con un proceso, juicio y sentencia en cuyo objeto procesal se hayan incluido otros bienes que no fueran expresados en el o los requerimientos que se le hayan efectuado.

En el caso, más allá de haber afirmado la recurrente que la ley no establece cómo debe hacerse ese requerimiento, lo cual ha sido tratado precedentemente, no ha demostrado que en la causa se haya incurrido en omisiones o defectos en los requerimientos que oportunamente efectuó el Ministerio Público Fiscal que en tal sentido, y a la luz del tipo penal en estudio, le hayan ocasionado un perjuicio concreto a los intereses de su asistida.

Todas estas circunstancias conllevan asimismo el rechazo de este agravio de inconstitucionalidad en esas condiciones esgrimido.

Respecto del tiempo en que debe realizarse, y acorde con las consideraciones ya desarrolladas, dicho requerimiento debe efectuarse una vez que se haya advertido y comprobado *prima facie* aquél enriquecimiento apreciable e injustificado, y dentro del plazo de la prescripción de la acción penal. Postura que ha sido adoptada por el tribunal y que no recibió un mínimo análisis de la recurrente, por lo que se verá, con el objeto de evidenciar cuál es el yerro en tal sentido endilgado a la sentencia.

Siendo que, por lo demás, no se advierte como contradictoria -contrariamente a lo que sostiene la defensa en el acápite que se ha sindicado como Nro. III.1.a.3.1. de los resultandos- la afirmación del tribunal en cuanto a que, en consonancia con la postura asumida en la sentencia respecto de cuándo se produce la consumación del delito, es el Estado el que debe probar el incremento patrimonial apreciable y desproporcionado con el que se perpetra.

En este punto, cabe recordar que la defensa se agravia al respecto por considerar que tratándose el delito de la no justificación del incremento patrimonial ante su debido requerimiento, y no estableciéndose un tope temporal para este reclamo, pareciera que el autor queda expuesto indefinidamente en el tiempo a ser investigado por las alteraciones que sufrió su estado patrimonial durante su desempeño en la función pública y hasta dos años después de haber cesado en él; consecuencia que conduce, en su criterio, a consagrar una especie de imprescriptibilidad de la acción penal -“burlando” de esa manera las disposiciones sobre la prescripción penal-, contrariando la seguridad jurídica, la legalidad y la dignidad humana al punto de estigmatizarla sin derecho al olvido.

Ya se ha dicho que el delito en estudio no es de omisión, lo que descarta la premisa con la que comienza la recurrente a efectuar su planteo; el que, como se señaló, luce también por completo improcedente a los fines de fundar concretamente la inconstitucionalidad del artículo 268 (2) del C.P. en este aspecto pretendida. Ello, pues limita su crítica a las precedentes afirmaciones abstractas, sin demostrar que las afectaciones a tales derechos constitucionales hayan tenido lugar en el caso concreto; lo que tampoco se advierte atento al tiempo en que se le atribuye a ALSOGARAY haberse enriquecido apreciablemente con motivo del ejercicio de la función pública, y al que se inició el presente proceso y se formularon los pertinentes requerimientos de justificación. Este supuesto tampoco ha sido analizado a la luz de las disposiciones legales que considera violadas -por ejemplo las pertinentes a la prescripción de la acción penal que dice fueron “burladas”-, de manera de evidenciar el agravio que le ha ocasionado a su pupila la aplicación de esta norma en el aspecto aludido; por lo que carece de sentido pronunciarse sobre su inconstitucionalidad genéricamente alegada.

Sobre la cuestión relativa a cuál es la autoridad que está facultada para efectuarlo, resulta acertado lo que en tal sentido se ha expresado en la sentencia, en cuanto a que, liminarmente, los agravios referidos a la imposibilidad de que sea la autoridad judicial la que deba desempeñar dicha tarea no tendrían en el caso concreto verificación alguna, pues ha sido el Ministerio Público Fiscal el que llevó a cabo los requerimientos de justificación. Circunstancia que determina que sean los cuestionamientos en tal sentido realizados los que recibirán tratamiento.

Es que, tal como se viene sosteniendo, ya ha dicho la Corte Suprema de Justicia de la Nación que “el interesado en la declaración de inconstitucionalidad de una norma debe demostrar claramente de qué manera ésta contraría la Constitución Nacional, causándole de ese modo un gravamen, y debe probar, además, que ello ocurre en el caso concreto” (Fallos 310:211 y 324:754; entre varios otros); y para ello “es menester que

precise y acredite fehacientemente en el expediente el perjuicio que le origina la aplicación de la disposición” (Fallos 316:687).

Específicamente, sólo sostiene la defensa que el requerimiento no puede ser formulado ni por el juez ni por el fiscal interviniente, lo cual deriva de la propia naturaleza y estructura básica del proceso penal; que si fuera de modo contrario serían aquéllos los que evaluarían finalmente si el funcionario justificó el incremento patrimonial cuando antes ya habrían decidido si correspondía requerir aquella justificación, lo cual implica un juicio de valor previo.

Dicho planteo, respecto de las circunstancias que concretamente se han verificado en el caso concreto, carece de total fundamento, pues aquellas meras afirmaciones de la defensa no se han apoyado en el examen de las disposiciones de carácter procesal o constitucional que específicamente considere violadas o inobservadas por el hecho de que haya sido el Ministerio Público Fiscal quien en esta causa haya requerido las pertinentes justificaciones. Motivación que devenía necesaria a los fines de evidenciar las específicas razones por las cuales ese órgano se encuentra legalmente imposibilitado o inhabilitado para efectuarlo. Las falencias señaladas resultan suficientes para rechazar el agravio en esas condiciones esgrimido.

Por lo demás, y al ser diferentes los fiscales que intervienen en la etapa de instrucción y en la de juicio -como distintos son los jueces que han intervenido en ambas etapas del proceso penal-, no se advierte que este juicio de valor que previamente podrían haber realizado influya luego en el debido ejercicio de la función que les corresponde; máxime cuando es el órgano jurisdiccional -y no el Ministerio Público Fiscal- el que finalmente evaluará, al momento de dictar sentencia, si el funcionario ha delinquido, es decir, si se ha enriquecido de modo apreciable y objetivamente injustificado en base a todas las probanzas arrojadas al juicio. Tampoco ha señalado la recurrente, y en base a la ponderación de las disposiciones legales pertinentes, cuál es “el tercero ajeno a la actividad jurisdiccional” que considera que debió, en las circunstancias concretas del caso, realizar el requerimiento de justificación, de manera de tornar suficientemente fundado su planteo.

Amén de lo expuesto, no se advierte óbice alguno a que hayan sido los señores representantes del Ministerio Público Fiscal quienes hubieran efectuado los requerimientos de justificación en el presente proceso. Es que, si se tiene en cuenta el recaudo establecido en cuanto a que el requerimiento debe ser hecho “debidamente”, con los caracteres “ut supra” remarcados, no se presenta contradictorio desde el punto de vista legal, que sea efectuado por la institución jurídica a la que constitucionalmente se le



encomienda promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad y de los intereses generales de la sociedad (artículo 120 de la Constitución Nacional).

Por último, no ha demostrado la parte recurrente que el mero requerimiento a un funcionario público para asegurarle la oportunidad de justificar un aumento de su patrimonio apreciable y *prima facie* injustificado, constituya de por sí una medida susceptible de afectar -y menos de manera grave, directa e inmediata- las garantías constitucionales del requerido. Teniendo en cuenta todo lo antes referido, no se advierte que el artículo 268 (2) del Código Penal implique o defina una inversión de la carga de la prueba poniendo en cabeza del sospechado el deber de demostrar su inocencia mediante la justificación de la procedencia del enriquecimiento, porque lo cierto es que la prueba del enriquecimiento en tal sentido injustificado corresponde al órgano jurisdiccional y al Ministerio Público Fiscal, quienes no son sustituidos en esa carga por el imputado. La no justificación de su parte luego de ser invitado a declarar -es decir que vencido el término del requerimiento debido el funcionario público no justifique o su justificación sea insuficiente- es exigida por esta disposición en garantía del imputado y con la finalidad referida en párrafos anteriores, y, por ello, no puede decirse que importe una presunción de culpabilidad.

En efecto, cuando lo que se castiga, en definitiva, es el hecho comprobado, en base a los datos objetivos colectados en el juicio, de que el funcionario se ha enriquecido durante el ejercicio de la función pública de modo apreciable y sin razón alguna que permita considerar acreditada una fuente legítima (documentación, peritajes contables, testimonios, etc.), no puede concluirse -como lo hace la recurrente- que la negativa a justificar, o la justificación insuficiente o inhábil, sea lo que se valora negativamente, como acto definitorio o constitutivo de la consumación del tipo penal (por esas mismas razones, por lo que se vio, el delito en cuestión no puede ser definido como de omisión).

Entonces, tampoco se observa que el “debido requerimiento de justificación” se constituya en violatorio de la garantía que establece la prohibición de ser obligado a declarar contra sí mismo establecida en el artículo 18 de la C.N., en el caso en que el hecho de justificar implique para el imputado autoincriminarse, porque también le asistirá el derecho a negarse a hacerlo y esa negativa no podrá ser ponderada en su contra como prueba del delito; pues le está garantizada constitucionalmente.

En similar sentido se ha sostenido que el requerimiento de “justificación”, usado por el legislador, sólo puede ser entendido lógicamente como una notificación para que el acusado pueda hacer uso de una oportunidad formal de probar la licitud de su enriquecimiento; que se ha mal interpretado ese concepto, confundiéndoselo con la noción procesal de “prueba positiva”; y que el tipo es avalorado, neutro y respeta plenamente el

derecho de abstención que se deriva, en materia procesal, de la presunción de inocencia. Si el imputado hiciere uso de su derecho a callar, también en este caso serán las instancias judiciales las que tendrán la carga de probar -idéntica a la de otros tipos penales en los casos en que los imputados se abstienen de declarar- (cfr.: C.N.C. y C.C.F., Sala I, voto del doctor Elbert en el precedente “Culotta”, ya citado).

No puede ser de otro modo “si se tiene en cuenta que, en todos los casos en que se le confiere intervención en la causa, el imputado se encuentra amparado por el artículo 18 de la Constitución Nacional en tanto establece que “es inviolable la defensa en juicio” y que “nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo”; mandatos constitucionales que no pueden variar ni ser restringidos en modo alguno porque la citación responda a la finalidad señalada en el artículo 268 (2) del Código Penal.” (Cfr.: “Coletti”, ya citada).

En efecto, respecto de este delito, como de cualquier otro, lo cierto es que, en el proceso penal pertinente, el imputado estará amparado por el principio constitucional de inocencia y, por ende, por el “in dubio pro reo” -que es su correlato-, y tendrá la oportunidad de defenderse y refutar los cargos en su contra a lo largo de todas sus etapas. Y aún si resulta condenado, quedará también abarcado por las reglas del juicio de revisión de sentencias si un tercero o él mismo acercara una prueba que evidencie que su enriquecimiento era justificado.

Consecuentemente, no resultan vulneradas las garantías constitucionales que se invocan, por cuanto no se advierte, ni demuestra la defensa, que resulte vulnerado el debido proceso legal -con sus etapas de acusación, defensa, prueba y sentencia- (artículo 18 de la C.N.), en cuyo desarrollo rodearon a la justiciable; y tampoco la contradicción normativa entre la disposición en estudio y los principios fundamentales que determinan que todo habitante de la Nación goza de un estado jurídico de inocencia hasta tanto una sentencia dictada tras al realización de un juicio lo declare culpable y le imponga una pena, ni con la prohibición, también contenida en el artículo 18 de la Constitución Nacional -y en la normativa internacional incorporada a nuestra Constitución, antes citada-, de autoincriminación coercitiva. Principios que definen límites a la actuación penal del Estado.

Como corolario, resulta procedente afirmar que la interpretación sostenida guarda coherencia con el artículo 36 de la Constitución Nacional, que evidencia como meta fundamental del Estado de Derecho la lucha contra la corrupción de la administración pública, en cuanto establece que “Atentará asimismo contra el sistema democrático quien incurriere en grave delito doloso contra el Estado que conlleve enriquecimiento, quedando

inhabilitado por el tiempo que las leyes determinen para ocupar cargos o empleos públicos”.

En las condiciones expuestas, el artículo 268 (2) del Código Penal se presenta como una reglamentación racional de tal precepto (artículo 28 de la C.N.), y cumple, también, con el compromiso internacional asumido mediante la ratificación de la Convención Interamericana contra la Corrupción, que en su artículo IX establece que “Con sujeción a su Constitución y a los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, los Estados Partes que aún no lo hayan hecho adoptarán las medidas necesarias para tipificar en su legislación como delito, el incremento del patrimonio de un funcionario público con significativo exceso respecto de sus ingresos legítimos durante el ejercicio de sus funciones y que no pueda ser razonablemente justificado por él”; y que asimismo dispone que “Entre aquellos Estados Partes que hayan tipificado el delito de enriquecimiento ilícito, éste será considerado un acto de corrupción para los propósitos de la presente Convención”.

De manera que el delito de enriquecimiento desproporcionado e injustificado está definido por esta Convención como un acto de corrupción (esta Convención fue firmada el 29 de marzo de 1996 en la tercera reunión plenaria de la Organización de los Estados Americanos, llevada a cabo en Caracas, Venezuela, y ha sido ratificada por nuestro país por la ley 24.759); aún cuando no puede olvidarse que el compromiso que asuman los Estados de tipificar este delito está condicionado a la sujeción a las respectivas constituciones y a los principios fundamentales de su ordenamiento. Acatamiento que resulta respetado en el caso en orden a la razonable interpretación del artículo 268, inciso 2, del C.P., que, orientada desde los principios constitucionales del Derecho Penal, se ha venido efectuando en los párrafos precedentes; y por la que se ha descartado la postura que asigna a la norma “el sentido de consagrar, bajo amenaza de pena, una exigencia o deber del funcionario de dar razón de su propio aumento patrimonial excesivo” o desproporcionado, pretendida por la recurrente y la doctrina citada en apoyo de su postura.

Resta señalar que los agravios relativos a la inconstitucionalidad del artículo 268 (2) del código de fondo respecto de la responsabilidad de la persona interpuesta allí contemplada no merecen tratamiento, por cuanto no se observa que en el caso concreto este fragmento de la disposición en análisis le haya causado gravamen alguno a la parte recurrente, por no guardar el caso juzgado relación alguna con este aspecto del delito en cuestión. Perjuicio que tampoco ha precisado la defensa (cfr.: C.S.J.N.: Fallos 310:211; 324:754 y 316:687; entre varios otros).

Por último, la señora defensora ha culminado el capítulo relativo a la pretendida inconstitucionalidad de la disposición analizada expresando que se remite a las consideraciones efectuadas por el doctor Loñ en su dictamen académico, solicitando que se

lo considere parte de su escrito recursivo y que quede entonces introducido como expresas alegaciones de la defensa en sostén de las pretensiones deducidas, al igual que el restante material adjunto.

Dicha petición debe rechazarse en atención a que la motivación del recurso de casación debe ser suministrada por la parte recurrente en el mismo escrito de interposición, determinando concretamente el agravio, tanto en lo referente al vicio que denuncia como al derecho que lo sustenta, pues el conocimiento de este tribunal de casación queda circunscripto a los puntos de decisión a que se refieren los agravios aducidos en condiciones esenciales de forma, por lo que no es válida la remisión a otros actos o presentaciones efectuadas con anterioridad. Autosuficiencia que mucho menos puede suplirse por una mera remisión, por demás genérica, a "material" y a un dictamen, que, por lo demás, contiene diversas manifestaciones.

Propicio entonces que se rechace el recurso interpuesto respecto de la pretendida inconstitucionalidad del artículo 268 (2) del Código Penal, declarándose su constitucionalidad; así como el de casación en orden a los puntos tratados.

III. 1. Respecto de los planteos referidos en el punto III.1.a.3.3. de los resultandos, por el que se agravia la recurrente de que en la sentencia se efectuó una arbitraria evaluación de las pruebas, corresponde recordar que cuando se invocan errores *in procedendo* en el razonamiento efectuado en la sentencia, corresponde a quien ocurre en casación demostrar -aún mínima pero suficientemente- cuáles son los defectos que presenta la fundamentación del fallo en base al análisis de los concretos y completos argumentos en los que el tribunal de juicio fundó su convencimiento.

Asimismo, cuando se alega la valoración de prueba ilegal o la prescindencia de prueba sustancial y dirimente para la cuestión, debe individualizársela y analizársela con el objeto de demostrar su incidencia en el razonamiento utilizado, o, en su caso, del que debió haberse efectuado a la luz de los principios lógicos pertinentes al sistema de la sana crítica racional. Todo ello, con el fin de poner en evidencia el concreto yerro atribuido a la decisión que lo agravia (cfr.: C.S.J.N.: Fallos: 311:340; y esta Sala IV, causa Nro. 3568: "BERNASCONI, Hernán Gustavo s/recurso de casación", Reg. Nro. 5238, rta. el 29/8/03; entre varias otras).

Ninguna de estas condiciones aparecen mínimamente cumplidas en la impugnación incoada por la defensa de María Julia ALSOGARAY en el capítulo en el que se refiere a la arbitraria apreciación de las pruebas que, sostiene, se efectuó en la sentencia pronunciada.

En efecto, prescindiendo del análisis del íntegro sustento del fallo, la señora Defensora ha apoyado su impugnación en afirmaciones por demás abstractas, difiriendo la motivación de dichos agravios para el momento previsto en el artículo 466 del Código Procesal Penal de la Nación, olvidando que el sustento del recurso de casación debe ser autosuficiente. Y que si bien pueden ampliarse los fundamentos de los motivos ya deducidos en condiciones de tiempo y forma, los defectos en su interposición no pueden ser subsanados posteriormente (de esta Sala IV, causa Nro. 427, "RECART, José Osvaldo s/recurso de casación", Reg. Nro. 750, rta. el 7/2/97; causa Nro. 1958, "GORREN, Hugo Daniel s/recurso de casación", Reg. Nro. 2756; rta. el 28/8/00 y causa Nro. 962, "GALFRASCOLI, Tomas Rafael y otros s/recurso de casación", Reg. Nro. 1588, rta. el 23/11/98; entre varias otras). Y, menos, derivar el completo sustento del recurso para ser efectuado con posterioridad.

Ello así por cuanto se ha limitado a sostener que en la sentencia no se consideraron expresiones del Contador FURLONE quien afirmó la existencia del contrato celebrado entre ALSOGARAY y la empresa "Astilleros Alianza S.A."; y que los testigos mencionados por el Tribunal -Hilda GUTIÉRREZ, Antón de BIANCHI, Patricia CAO SARAIVIA y Hernán GÓMEZ BENGEOA- dijeron mucho más que lo tomado en la sentencia, donde, como contrapartida, se consideraron como cargosos testimonios que sólo podían alentar dudas que debieron ser resueltas en favor de ALSOGARAY.

Surgen claras las falencias del planteo referido pues no ha señalado la defensa, sintéticamente al menos, en qué consistieron los testimonios a los que se refiere, y cuáles fueron los fragmentos que dice ignorados por los sentenciantes y aquellas declaraciones que consideró arbitrariamente ponderadas como prueba de cargo. Prueba que no analizó en relación al caso juzgado y la motivación expresa del fallo, de manera de poner en evidencia los defectos pretendidos. Tampoco ha relacionado el testimonio de FURLONE, al menos en la parte que sostiene omitida en su consideración en calidad de prueba de descargo, con las restantes probanzas arrojadas al juicio y las conclusiones a las que arribó el tribunal de *a quo*, de modo de mostrar que efectivamente resultaba sustancial para dirimir el caso sometido a juzgamiento, que además fue ignorada, y que su consideración debió haber modificado de manera esencial la resolución del caso.

Idénticas falencias presentan las consideraciones efectuadas por la señora Defensora Pública Oficial ante esta instancia (fs.6895 vta./6897 vta.).

Ello pues, como se remarcó, la fundamentación necesaria para considerar procedente el recurso de casación no puede ser suplida en presentaciones posteriores a dicha impugnación, oportunidades -en el caso la del término de oficina- en las que sólo

puede mejorarse el sustento de los agravios ya presentados en condiciones de forma -y que así hayan tornado hábil la impugnación en los términos del artículo 463 del C.P.P.N.-; supuesto que por lo dicho no se verifica en el caso.

Pero lo sustancial es que dichos planteos lucen insuficiente-mente fundados a los fines de demostrar la pretendida arbitrariedad del fallo en cuanto se consideró no justificado el ingreso al patrimonio de ALSOGARAY de los U\$S 500.000, y que fueron alegados como provenientes del convenio celebrado entre la nombrada y la firma "Astilleros Alianza S.A."

En efecto, sostuvo la señora Defensora que se parcializó la declaración del testigo FURLONE, omitiéndose el tratamiento de partes relevantes y valorándosela "de manera incongruente con otros análisis y decisiones", sin precisar cuáles fueron esos dichos, y dónde se encuentra glosado dicho testimonio.

Tampoco refirió cuál fue el impuesto, relativo al convenio firmado entre la empresa mencionada y ALSOGARAY, de cuyo pago no surgieron constancias a criterio del tribunal. Al respecto, se limitó a señalar que esto se debió a que el señor FURLONE defraudó a su asistida, tal como fue demostrado en la sentencia dictada por el Tribunal Oral en lo Criminal Nro. 1 de la Capital Federal, en la causa Nro. 888, por la que el 23 de julio de 2004 se lo condenó a aquél por resultar autor del delito de defraudación por administración infiel. Defraudación a la que atribuyó también la Defensora Pública ante esta instancia la no inclusión del contrato en la declaración jurada que la encausada presentó en el año 1991 -y que puso en crisis la fecha mencionada en las facturas y recibos glosados a fs. 242/243 del sumario de la D.G.I. y que impidió considerar acreditado el momento cierto de la percepción de estos honorarios-; así como el hecho de que recién el 14 abril de 1994 la imputada haya llevado a cabo el pago del impuesto en cuestión, demora que se debió según dijo -y como lo señaló ALSOGARAY en su indagatoria- al hecho de que tuvo que ordenar, recuperar o reconstruir documentación que había sido ocultada, adulterada o no presentada por su entonces contador FURLONE.

De manera que sin hacer referencia a cuál fue precisamente el objeto procesal por el que fue condenado FURLONE en aquella causa, para evidenciar la relación directa de dicha condena con el sustento del fallo en este aspecto, afirmó que dicho pronunciamiento: "da por tierra los fundamentos que tuvo el tribunal al sentenciar para imputar responsabilidad a mi asistida y desestimar los honorarios que como provenientes del contrato con Astilleros Alianza había declarado la misma como constitutivos de su patrimonio", y prueba que entre noviembre de 1992 y diciembre de 1993 "hubo intención de

Alsogaray de pagar el ingreso de Astilleros Alianza”; aseveraciones abstractas que se presentan, consecuentemente, por completo infundadas e insuficientes para demostrar la arbitrariedad del fallo en este aspecto.

Sumado a ello, fue omitido también ahora el análisis de la completa y concreta motivación de la sentencia en lo relativo al punto en cuestión. Por lo que no dejó evidenciado la doctora POLLASTRI que la cuestión alegada fue la única, o al menos la sustancial, para concluir no demostrado que la mencionada suma dineraria tuvo origen en aquel contra-to.

La importancia de aquel razonamiento se presenta necesaria ni bien se observa que la sentencia ha encontrado apoyatura en el análisis de diversos elementos de prueba como numerosos testimonios; libros contables de la firma “Astilleros Alianza S.A.” - Libro Diario General Copiativo Nro. 34-; la planilla de ingresos y egresos de fondos correspondientes al mes de noviembre de 1991 de fs. 2763, y otra de similares características glosada a fs. 2462 del expediente Nro. 54075: “Astilleros Alianza S.A. s/ quiebra”; la planilla de ingresos y egresos de la empresa correspondiente al mes en que se habría realizado la erogación; la situación financiera precaria de la empresa -que se encontraba entonces en etapa concursal, con una deuda de noventa millones de pesos, sin producir ganancias e imposibilitada de pagar más allá de las dos primeras cuotas del concurso, obligada a despedir a la mayoría de su personal, etc.-; la apreciación del tribunal en cuanto a que la envergadura del monto de los honorarios no condecía con las irregularidades contables evidenciadas, así como tampoco con la inexistencia de constancias probatorias que permitan acreditar un concreto resultado respecto a los servicios contratados como para justificar dicha inversión; la redacción del convenio que resultó a criterio del tribunal ambigua y amplia en perjuicio de la empresa -lo que fue precisado-; la circunstancia de que un gasto de gran magnitud realizado por el astillero y que significó una erogación extraordinaria, no fuera informado al juez del concurso y motivara la formación de un incidente de ineficacia concursal; la falta de prueba acerca de la existencia del préstamo que recibió el astillero para hacer frente al pago de honorarios que se dijo efectuado a ALSOGARAY -extensamente fundada en la sentencia-; el hecho de que tampoco pudo ser corroborada la existencia de la firma que efectuó ese préstamo; entre otras circunstancias.

Ese amplio plexo probatorio, cuyo desarrollo concreto devenía necesario, lógicamente, a los fines de fundar que la prueba que se dice inválidamente ponderada por el tribunal resultó dirimente en el razonamiento que dio sustento al fallo en el aspecto cuestionado, no mereció análisis alguno por parte de la defensa.

Por último, cabe recordar que en el recurso de casación se sostuvo que la documentación respaldatoria de la efectiva existencia de este contrato y del pago de los honorarios estaba tildada de falsa, pero que al no poder ser declarada tal judicialmente -por haberse resuelto la prescripción de la acción penal a su respecto- debió ser considerada válida y eficaz para demostrar aquello que contiene. Y que “las consideraciones vertidas sobre las formalidades sacramentales que esos documentos tendrían que tener, al igual de si el gasto era “extraordinario” o no para la empresa en convocatoria de acreedores y/o las demás cuestiones relativas a los libros y el manejo de Astilleros Alianza, son criticables tanto por la arbitrariedad en que se incurre al apreciar esos extremos como por la errónea aplicación que se hace de las leyes sustantivas no penales que gobiernan esas relaciones y actividades civiles y comerciales”.

Los defectos de fundamentación de este pasaje del recurso de casación interpuesto surgen evidentes a la luz de los principios al comienzo referidos, en la medida en que se omite toda referencia a las razones lógicas y legales que impiden al tribunal analizar y ponderar la aptitud probatoria de la documentación aludida -que tampoco se individualiza- por el simple hecho de que haya operado la prescripción de la acción relativa al delito de falsedad documental; óbice que tampoco se advierte. Tampoco se ha mencionado cuáles habrían sido aquellas disposiciones de carácter civil y comercial que se habrían aplicado erróneamente al apreciar aquellos documentos y “cuestiones”, a las que ni siquiera hace referencia. De manera entonces que las mencionadas afirmaciones se presentan en tal sentido inhábiles para permitir a este Tribunal comprender cuáles son las cuestiones que, específicamente, agravian a la defensa.

En virtud de todo lo expuesto propicio que se rechace el recurso de casación interpuesto en orden a los precedentes planteos.

2. Similares falencias a las expuestas anteriormente, se advierten en la fundamentación de la impugnación incoada respecto del planteo sindicado como III.1.a.2.3. de los resultandos, por el que peticona la defensa la nulidad del informe de fs. 726 y de todas las actuaciones cumplidas con la intervención del contador Eduardo LAURENCE -incluyendo la declaración que éste prestó durante el debate-

Es que, en primer término, la defensa aduce de modo genérico que sus tareas se llevaron a cabo sin notificación ni control de las partes, sin acotarle los puntos concretos de colaboración que el juez le solicitaba, y que, por el contrario, se le requirió la sugerencia de las medidas de pesquisa -como surge del decreto obrante a fs. 627-; agregando que son “igualmente destacables las de fs. 623, 630, y siguientes...”. Con base



en ese único argumento estimó violados los artículos 257, 258, primera parte, y 260 del C.P.P.N., sin individualizar concretamente de cuáles constancias del presente proceso se desprenden, particularmente, cada una de las falencias pretendidas. Constancias que tampoco analizó en relación a las disposiciones que dice inobservadas, las que sólo mencionó.

Pero, y aún cuando no ha fundado la ilegitimidad de las referidas pruebas, lo sustancial en el caso es que tampoco ha evidenciado la defensa, partiendo del estudio de la concreta y completa evaluación que del material probatorio se efectuó en la sentencia, que esos informes que cuestiona hayan resultado eficaces y decisivos, influyendo definitivamente en el fallo, de modo que su prescindencia lo prive de motivación o, en su caso, permita justificar una decisión contraria a la adoptada. Olvidó así que cuando se alega la valoración de prueba ilegal o la omisión de aquella que resultaba sustancial, debe individualizársela suficientemente demostrándose la posibilidad razonable de su incidencia en el razonamiento utilizado, o, en su caso, del que se debió haberse efectuado a la luz de los principios lógicos pertinentes al sistema de la sana crítica racional. Todo ello, claro está, con el fin de demostrar cuál ha sido en concreto el yerro atribuido a la resolución que lo agravia (C.S.J.N.: Fallos: 311: 340; entre muchos otros).

Precisamente, al responder a idéntico planteo, los sentenciantes aseveraron que la prueba cuya incorporación se critica no suple la pericia oficial que efectivamente se practicó en la causa, con contralor de las partes y cumpliendo con las formalidades que la regulan -la que además no fue objeto de impugnación por parte de la defensa-. Justamente, este argumento no ha sido rebatido por la recurrente, quien se limita ahora a reiterar este planteo con la insuficiencia argumental referida, y en virtud de lo cual no deja entonces expuesto que los informes en cuestión hayan resultado indispensables en la resolución del caso, afectando de manera directa e inmediata la garantía de defensa en juicio (C.S.: Fallos: 293:341, y 316:1133; entre otros); lo que tampoco se advierte.

En efecto, tal como surge de fs. 959/967, al contestar al primer requerimiento de justificación que se le formuló, ALSOGARAY solicitó que se disponga la realización de un peritaje contable a los fines de determinar si la justificación presentada resultaba correcta, remarcando la calidad de perito que debía reunir la persona a quien se le encomendaba dicha tarea -poniendo de resalto que LAURENCE no era integrante del cuerpo de peritos oficiales-.

Dicha pericia fue ordenada por el Juez a fs. 968, designándose a tal efecto al Decano del Cuerpo de Peritos Contadores, doctor Antonio PERALTA -quien debía seleccionar dos peritos más para llevar a cabo la tarea indicada-; decisión que fue notificada

debidamente a la defensa y al fiscal en los términos de los artículos 258 y 259 del C.P.P.N. Luego, se designó al doctor Horacio DELLA ROCA (fs. 1638) como perito de parte, a solicitud de la defensa (fs. 975), y se incorporó a los puntos de pericia aquellos propuestos por esa parte. Se dispuso además, y con la expresa finalidad de evitar planteos nulificantes, que esos peritos procediesen a: a) analizar la documentación correspondiente a la firma “Astilleros Alianza” y de los elementos colectados en la causa, y determinasen la existencia o no del pago de U\$S 500.000 en concepto de “honorarios” efectuados por la mencionada empresa a María Julia ALSOGARAY; y si dicho asiento tiene respaldo documental, y b) teniendo en cuenta los elementos colectados en el expediente, determinasen el circuito previo y el origen de esos fondos que aquella firma habría recibido en préstamo por parte de la empresa “Zeal Internacional Corporation” (fs. 1153/1155).

Ese peritaje fue finalmente realizado -fs. 1801/1825 vta.-conjuntamente por el Decano del Cuerpo de Peritos Oficiales de la Nación, los contadores oficiales doctores David SILVER y Luis E. SÁNCHEZ BROT, y el perito de parte; y ampliado a fs. 3215/3221 y 3254/3269 vta. Todo ello, con la debida noticia e intervención de la defensa.

De manera que, y amén de todo lo expuesto, la cuestión respecto de la cual se había expedido, en parte, LAURENCE (fs. 630, 726, 797, y 823), fue motivo de examen y pericia tanto por los integrantes del Cuerpo de Peritos Contadores designados al efecto como por el perito de parte de la defensa; estudio que abarcó la totalidad de la documentación colectada en el expediente hasta aquel momento.

Entonces, lo sustancial respecto de este punto de análisis del recurso es que los peritos efectuaron la pericia encomendada y peticionada por la defensa, en la que se incluyeron los puntos de pericia propuestos por las partes -fs. 1153 y 1248; 2666/vta.; entre otros -; de todo lo cual fue debidamente notificada la defensa, previa y posteriormente a la realización de dicho estudio en el que participó el doctor Horacio DELLA ROCA, perito designado a su pedido.

Justamente, y al responder a la ampliación del requerimiento de justificación de bienes -fs. 2411/2417-, fue la propia defensa la que se remitió a las conclusiones efectuadas en el estudio pericial aludido, al cual evaluó como realizado “con el rigor científico que una investigación de esta envergadura merece, por expertos del Cuerpo de Peritos Contadores de la Justicia Nacional, designados por el Tribunal, y que permite apreciar el movimiento patrimonial de la Ingeniera Alsogaray en toda su dimensión, combinando los distintos factores contables y financieros que deben meritarse en casos como el presente.”. Para agregar luego que el pedido de justificación de bienes formulado

recayó sobre puntos “rigurosamente incluidos en el estudio pericial realizado por los expertos contables”.

De modo entonces que surge clara la conclusión de que todas las cuestiones sometidas a investigación, así como la totalidad de prueba recepcionada hasta entonces, fue sometida a estudio y pericia de peritos contadores oficiales y del perito de parte. No surgiendo de ninguna manera que la intervención de LAURENCE haya resultado sustancial, ni mucho menos definitiva, ni en la investigación que se llevó a cabo desde el origen del presente proceso, ni en el sustento otorgado al fallo.

Por lo demás, cabe remarcar que aún cuando LAURENCE fue llamado a prestar declaración testimonial para expedirse acerca de lo que informó a fs. 726, estuvo presente tanto el entonces señor defensor de ALSOGARAY, como el señor fiscal interviniente -fs. 2745-. Por lo que tampoco en este caso se compeadece con las constancias obrantes en la causa la afirmación de la recurrente en cuanto a que la intervención de este profesional haya tenido lugar sin intervención ni control de las partes.

Corresponde entonces el rechazo del agravio tratado.

3. Asimismo, deviene improcedente el planteo formulado por la defensa pretendiendo la nulidad de la declaración indagatoria recibida a ALSOGARAY -punto III.1.a.2.2. de los resultandos-.

En efecto, ya se ha descartado en el acápite II precedente que el requerimiento de justificación violente la libertad de declarar, contrariamente a lo que sostuvo la defensa al comenzar el desarrollo de este planteo.

Y, por lo demás, más allá del sentido que pueda otorgarle la recurrente a las expresiones vertidas por el juez a cargo de la instrucción del presente proceso en la resolución de fs. 1149/1152 vta., del 22 de diciembre de 1998 -al rechazar el pedido de revocatoria interpuesto por Ministerio Público Fiscal contra el auto por el que se ordenó un nuevo estudio pericial, y ordenar que una vez cumplimentada dicha pericia se le reciba declaración indagatoria a la encausada-, lo cierto es que no se advierte, ni demuestra la defensa, que la intervención de la imputada en los términos del artículo 294 del C.P.N. haya sido efectivamente forzada o compelida de algún modo. Máxime teniendo en cuenta que entonces no se estaba citando a indagatoria a ALSOGARAY, convocatoria que, justamente, se estaba difiriendo para el momento en que el examen pericial referido se hubiese efectuado; y que finalmente tuvo lugar en fecha muy posterior: el 4 de julio de 2000 (cfr. fs. 3277).

Asimismo, tampoco alega la defensa -y mucho menos lo demuestra- que en el acto de recibírsele esta declaración a su asistida (fs. 3451/3463 y 3469/3476) se hayan

inobservado las formalidades previstas por el ordenamiento procesal penal de la Nación al efecto (arts. 294 y ss.), y violentado la prohibición de ser obligado a declarar contra sí mismo como se afirma en el recurso, por lo que corresponde el rechazo de la impugnación en este aspecto incoada.

4. También serán rechazados los planteos efectuados por la recurrente en apoyo de la nulidad de la sentencia por defectos en la enunciación de los hechos que se consideraron acreditados, que finalmente solicita -referidos en el punto III.1.a.3.2. de los resultandos-.

Es que, si bien hizo referencia el tribunal de juicio a que el apreciable incremento en el patrimonio de la encausada surgía de la comparación de los bienes que lo integraban al comienzo de la asunción de cargos públicos por su parte (año 1985) y de los que se fueron incorporando a su patrimonio durante el ejercicio de la función (hasta 1999) - los que fueron detallados-, se precisó luego la imputación mencionándose los ingresos que surgían de las declaraciones juradas del período 1990/1998, y que se determinaron injustificados como resultado de la evaluación conjunta de diferentes elementos probatorios -pormenorizadamente analizados a fs. 6771/ 6780 vta.- como la pericia efectuada en el proceso -y sus ampliaciones- y la restante prueba colectada; y de la ponderación de las respuestas a los respectivos requerimientos de justificación que le fueron cursados.

De ese modo se arribó entonces a la conclusión acerca de la injustificación del ingreso al peculio de la nombrada de dos sumas concretas de dinero: quinientos mil dólares y seiscientos veintidós mil pesos -que se presentaron como provenientes de honorarios cobrados a la firma "Astilleros Alianza S.A." y de sobresueldos percibidos al amparo de la ley 18.302, respectivamente-.

Siendo ello así, no se advierte defecto alguno en la fijación del objeto procesal efectuada en la sentencia y en orden al cual fue condenada ALSOGARAY, por cuanto de esa descripción surge claro cuál es el enriquecimiento apreciable objetivamente injustificado -y ocurrido durante el período en que se desempeñó como funcionaria pública- que se le ha reprochado con precisión. Hecho de enriquecimiento que, lógicamente y como lo destaca el tribunal, se encuentra fácticamente vinculado, también, con las cuestiones alegadas para justificar el incremento patrimonial; aunque no únicamente -por lo todo lo señalado en el capítulo II. precedente-, pues resultó asimismo de la investigación ordenada durante el proceso para determinar dichas circunstancias.

De manera que no surge de la sentencia impugnada, y tampoco lo demuestra la defensa en base a la ponderación de la específica fundamentación otorgada al tópico en

cuestión, que el *factum* que diera basamento a la condena de su asistida se haya reducido a la simple enumeración de los bienes que integraban el patrimonio de ALSOGARAY tanto al momento de asumir la función pública como al finalizarla; o a la mera imputación de datos por ella alegados al momento de responder a las justificaciones que se le requirieron.

Respecto de esto último, el sustento del recurso se redujo a la afirmación abstracta de que aquellos ingresos fueron aportados por su asistida, la que, en definitiva, se defendió de lo que declaró, sin demostrar -en base al análisis de las pruebas y constancias del proceso, y de las disposiciones legales pertinentes- su conclusión, y el concreto error *in procedendo* que ello, en su caso, habría significado según ella.

Amén de lo expuesto, y del estudio de la presente causa tampoco se advierte lo afirmado por la defensa en cuanto pretende que ALSOGARAY sólo fue acusada en orden a los datos que ella misma aportó en las respuestas que brindó a los requerimientos de justificación.

En efecto, además de la total infundamentación de este agravio en el que se pretendió apoyar el recurso ensayado, antes remarcada, lo cierto es que previo a los requerimientos de justificación formulados -y aún del primero, efectuado el 23/6/98 (fs. 901/939)- se había realizado una profunda y extensa investigación, tal como con meridiana claridad surge del análisis de las constancias del proceso y como se describe pormenorizadamente incluso en ese primer requerimiento de justificación; investigación que concluyó ya en aquel entonces en la reunión de numerosísimos elementos de prueba, que no provinieron en modo alguno de las manifestaciones de la imputada al responder a las solicitudes de justificación que le fueron efectuadas; contrariamente a lo que afirma en abstracto la recurrente.

Así, por ejemplo, la cuestión atinente al ingreso a su patrimonio de los quinientos mil dólares que se alegaron como recibidos de la firma "Astilleros Alianza S.A.", ya aludidos, surgió de diversas pruebas independientes de los dichos de la imputada (como los testimonios del Inspector de la D.G.I Luis A. CABELLO -fs. 278/281, 579/581 vta. y 613-, declaración del ex contador de ALSOGARAY, Ernesto M. FURLONE -fs. 618/621 vta.- , declaración del presidente de la firma "Astilleros Alianza" Arnaldo MARTINENGHI -fs. 682/684 y 896-; fotocopias certificadas de los expedientes labrados por la D.G.I., precisamente del Nro. 406.549-2, de donde surgían las fotocopias del convenio que se alegó como suscripto con la empresa de mención, así como las fotocopias de dos recibos por el cobro del dinero pactado; informe de la D.G.I. -fs. 278/281-; e informe del síndico Francisco LAVALLE en el expediente comercial donde tramitó el concurso preventivo de la firma "Astilleros Alianza" -fs. 740-). Cuestiones que, tal como se remarcó en el acápite III.2. de

este voto, fueron expresa-mente abarcadas por el peritaje contable efectuado a fs. 1801/1825 vta., por tres peritos oficiales contadores -entre los que se encontraba el propio Decano del Cuerpo de Peritos Oficiales-, y el perito contador propuesto por la defensa.

Y, a tal punto no se compadece con las constancias del proceso la afirmación ahora formulada en el sentido de que la imputación efectuada finalmente a ALSOGARAY provino con exclusividad de las manifestaciones que ésta realizó en el ejercicio de su derecho de defensa, que, contrariamente a ello, fue la propia defensa la que, en la respuesta realizada a la ampliación del requerimiento de justificación de bienes de fs. 2411/2417, se remitió a las conclusiones expuestas en el estudio pericial aludido, al cual consideró -como ya se recordó- “un informe contable realizado, con el rigor científico que una investigación de esta envergadura merece...”, y que “permite apreciar el movimiento patrimonial de la Ingeniera Alsogaray en toda su dimensión, combinando los distintos factores contables y financieros que deben meritarse en casos como el presente”. Agregándose, aún más: la afirmación de que el pedido de justificación de bienes formulado había recaído sobre puntos “rigurosamente incluidos en el estudio pericial realizado por los expertos contables”.

En orden a las razones expuestas, el agravio en esas condiciones presentado por la recurrente luce por completo inhábil para provocar la revisión de la sentencia pronunciada respecto de la fijación de los hechos materia de condena; aspecto del fallo que tampoco se advierte inválido en orden a los motivos precedentemente reseñados.

Por otra parte, la circunstancia alegada por la defensa de que mediante el pago de sueldos “no previstos legalmente” pueda haberse cometido el delito de administración fraudulenta o malversación de caudales públicos, no importa necesariamente que ALSOGARAY sea partícipe del delito (y no lo demuestra así, al menos como posible, la defensa). Y en la eventualidad de que algún día pueda concretarse esa situación tan conjetural, que no encuentra actual asidero -por lo menos en el aspecto jurisdiccional-, nadie discutiría que podría, en su caso, plantearse la prohibición del doble juzgamiento en esa oportunidad y en el proceso de que se trate.

Precisamente, en la presente causa -tampoco lo dice la recurrente- no se ha podido acreditar la comisión de alguno de aquellos delitos a los que hace alusión la defensa y tampoco entonces que el enriquecimiento económico de la encausada haya sido el “resultado económico” o “producto” de esa ilicitud -premisa de la que parte en la exposición de su agravio en este aspecto-, todo lo cual brinda un mayor sustrato para la aplicación del delito previsto en el artículo 268 (2) del Código Penal, respecto de los fondos en cuestión.

Pero lo sustancial en el caso es que, justamente, menos aún se ha considerado acreditado que ese dinero haya provenido de pagos efectuados en virtud de la ley secreta Nro. 18.302, o extraídos al menos de esos fondos. Lo que refuerza el carácter conjetural, ya señalado, del planteo ahora esgrimido.

En efecto, al respecto, los propios sentenciantes han definido como argumento central del fallo la absoluta falta de prueba que acredite ese extremo, con el que pretendió justificar la imputada el ingreso de ese dinero a su patrimonio (fs. 6763 y 6776 vta./6777 vta.) -así como la suma, períodos y montos como se destaca a fs. 6776 vta.-.

Precisaron en orden a dicha conclusión que los dos testigos que la defensa convocó para justificar el pago concreto a favor de ALSOGARAY no aportaron datos significativos: que KAPLAN negó haber percibido los fondos para entregarle a su jefa y que CASTELLINI reconoció haber acudido en seis o siete oportunidades a la oficina donde se pagaban las asignaciones a retirar sobres para la acusada, los que suponía podían tener dinero, pero no dio mayores precisiones; que las declaraciones juradas de ALSOGARAY o el pago de impuestos sobre este concepto no es un elemento idóneo para sustentar la estimación de lo percibido, pues estas declaraciones ante la DGI se tratan de una manifestación unilateral no respaldada por documentación y que “fueron presentadas con posterioridad a las denuncias que motivaran el inicio del sumario del organismo de fiscalización impositiva y la que diera inicio a esta investigación por enriquecimiento ilícito (decl. jurada año 1992, presentada el 23-7-93; denuncia de fs. 2/8 de fecha 19-7-93; fs. 568/569 denuncias ante la AFIP 12-7-93 y ante DGI 16-7-93)”. De lo cual resultó que, a criterio del *a quo*, no hay dato objetivo externo a los dichos de ALSOGARAY que pueda mínimamente corroborar que cobró de aquel modo esas sumas y durante los períodos que señala.

5. Relacionado con lo anterior se encuentra el planteo efectuado por la recurrente en orden a la inconstitucionalidad de la ley Nro. 18.302.

Cabe recordar liminarmente que la cuestión de inconstitucionalidad debe plantearse de manera expresa, clara y precisa, fundándose suficientemente, con adecuación al motivo constitucional esgrimido, indicación de los puntos de la resolución atacada, cita de la norma constitucional infringida y del precepto que sobre ella se ha hecho prevalecer; además de explicitar la transgresión y su alcance en relación al derecho y garantía afectadas, y exponer la solución que se pretende (de esta Sala IV, causa Nro. 890, “Franco, Norberto s/recurso de casación”, Reg. Nro. 1392, rta. el 4/8/98; entre varias otras).

En principio, ha referido la defensa que la ley cuestionada “ocasionó graves perjuicios a su defendida, al caso planteado, al proceso mismo y, en definitiva, al interés

general de la sociedad que no está ausente en el *sub examine*, sino todo lo contrario, tanto por el tipo de delito tratado como porque se trata del ejercicio de la “acción pública”, elementos todos ellos más que suficientes para habilitar el pronunciamiento reclamado por la suscripta”.

Esas afirmaciones se muestran por completo inhábiles para fundar la inconstitucionalidad pretendida, y facultar el estudio de esta instancia, en la medida en que fueron efectuadas de modo abstracto, y sin apoyatura en el análisis del caso sometido a juzgamiento. De manera que el agravio esgrimido de esa forma ha quedado reducido a simples aseveraciones infundadas de la defensa.

Amén de lo expuesto, el recurso incoado parece enderezarse a la finalidad de que se declare nula la sentencia por resultar contradictoria la fundamentación del fallo en cuanto se consideró que la ley Nro. 18.302 no ocasionó perjuicio a ALSOGARAY en el caso.

Al respecto -y tal como lo refirió el Tribunal de juicio al responder a este planteo formulado en aquella oportunidad por la defensa-, lo cierto es que el argumento central en que se apoyó la sentencia al momento de analizar la justificación de la encausada en torno a la suma de dinero que alegó como provenientes de sobresueldos que se le pagaron al amparo de aquella ley, fue el de la absoluta falta de prueba que acredite la percepción de dichos importes al amparo de los fondos previstos por esa normativa. Decisión en la cual, como surge de las consideraciones efectuadas en el acápite precedente, no incluyó -en lo sustancial- consideraciones directamente vinculadas con la normativa que ahora se tacha de inconstitucional. Esto, más allá de las apreciaciones que se efectuaran acerca de la posibilidad de que ALSOGARAY hubiera recibido en alguna oportunidad algún importe en concepto de plus salarial, y sobre las dificultades probatorias que implica el cobro de sobreasignaciones sin respaldo documental alguno, a las que se alude en el recurso.

No se advierte que se haya aplicado en el caso la ley secreta Nro. 18.302 - que, como se menciona en la sentencia, receptaba el uso de fondos reservados para fines exclusivos de seguridad y defensa (fs. 6779)-, y por ende cuál habría sido el perjuicio específico irrogado a los intereses de la imputada. Tampoco que la fundamentación del fallo sea contradictoria en el aspecto pretendido por la defensa.

De manera que se coincide con el *a quo* en que a la luz de la doctrina sentada sobre el punto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Fallos:310:211; 314:495; 319:3241; 321:220; y 326:3007; entre otros), la falta de perjuicio concreto y evidente que se desprenda de la aplicación de la norma cuestionada a la situación jurídica



de la imputada, acarrea el rechazo del planteo aquí tratado.

IV. 1. En relación a los agravios esgrimidos respecto de la fundamentación de la sanción punitiva impuesta a ALSOGARAY, corresponde el rechazo del recurso de casación interpuesto por cuanto la motivación expuesta en la sentencia para determinar la pena ha sido válida y suficiente a los fines de sustentar la que finalmente fue fijada, y que resultó razonable en referencia a la escala penal prevista para el delito por el que ha sido condenada.

Cabe recordar que la individualización de la pena es la fijación por el Juez de las consecuencias jurídicas de un delito según la clase, gravedad y forma de ejecución de aquéllas, escogiendo entre la pluralidad de posibilidades previstas legalmente (cfr.: Jescheck: "Tratado de Derecho penal. Parte General", págs. 783 y ss., De Comares Granada, 1983), por lo cual este arbitrio se encuentra condicionado. Está vinculado jurídicamente, constituyendo sus límites la culpabilidad -que también es su fundamento- y los principios establecidos por el artículo 41 del Código Penal; es decir el grado de injusto, admitiendo el correctivo de la peligrosidad.

Como se ha señalado en diversos precedentes de esta Sala IV -causa Nro. 847, "WOWE, Carlos s/ recurso de casación", Reg. Nro. 1535, rta. el 30/10/98; causa Nro. 1785, "TROVATO, Francisco M.A. s/recurso de casación", Reg. Nro. 2614, rta. el 31/5/00; causa Nro. 2901, "TOPA, Ariel Fernando y otro s/recurso de casación", Reg. Nro. 3749, rta. el 13/11/01 y causa Nro. 3712, "SANHUEZA, Carlos Gabriel s/recurso de casación", Reg. Nro. 5316, rta. el 10/11/03; entre muchas otras), las mencionadas directrices no se pueden definir dogmáticamente de modo de llegar a un criterio totalmente objetivo y casi mecánico, ya que tal ponderación debe ser realizada en base a variables que no pueden ser matemáticamente tabuladas "desde que nos hallamos ante un derecho penal de acto, que incluye un juicio de reprobación jurídica, sin contar con que el fondo de la tarea judicial, al menos en su modelo ideal, impone al juez el difícilísimo esfuerzo humano, que en modo alguno puede ser suplido por una cuantificación determinada" (cfr. Zaffaroni, Eugenio Raúl, "Tratado de Derecho Penal", T. V, pág. 271).

Sobre el significado de aquellos parámetros fijados legalmente para la cuantificación de la pena, cabe aclarar que si bien los referidos en el primer inciso del artículo 41 no se refieren directamente a la peligrosidad del autor, no pueden catalogarse de meramente objetiva, toda vez que en ellas existe una referencia a la mayor o menor culpabilidad del autor que aparece como pauta fundamental de individualización, a la par que la peligrosidad.

La enumeración efectuada en el código de fondo, entonces, es puramente

enunciativa y explicativa, y no excluye ninguno de los elementos referentes a la persona o al hecho dignos de ser considerados y que representen mayor o menor gravedad del delito cometido, o de la peligrosidad del delincuente.

Ahora bien, respecto a los planteos efectuados por la recurrente, cierto es que el principio de prohibición de la doble valoración rige, en lo pertinente a la cuestión que nos ocupa, la aplicabilidad de las pautas descritas en el artículo 41 del C.P., por cuanto todas aquellas circunstancias que ya han sido tomadas específicamente en cuenta por el legislador al establecer el tipo penal, es decir, que fundamentan el ilícito, no pueden ser consideradas nuevamente al momento de fijar la pena de prisión o reclusión por un hecho concreto.

Sin embargo, resulta claro que al menos algunas de las circunstancias que puedan considerarse incluidas dentro de las que en abstracto configuran la acción típica pueden y deben ser valoradas, según sea el caso, para graduar la pena a imponer, junto a las demás pautas de mensuración; momento en el cual se las considerará no ya en su mencionada eficacia cualitativa, sino cuantitativa, es decir en su gravedad o entidad.

Así, si bien la mera afectación del bien jurídico protegido ya ha sido ponderado en abstracto por el legislador en relación al tipo penal en cuestión, y así considerado no puede ser valorado por el juez a los fines de la imposición de una pena, sí puede tener incidencia como agravante o atenuante el grado de afectación a ese bien jurídicamente protegido. Al igual que ocurre con el tiempo, lugar y modo en que se desarrolló el delito, así como con relación a los medios de que se valió el delincuente, que en cada caso adquirirán según su intensidad un diferente valor indiciario de la gravedad del hecho o peligrosidad del delincuente, y aún cuando en abstracto configuren el injusto penal; pues, como se dijo, admiten grados -si bien por ejemplo, no sería posible agravar un homicidio porque el hecho “culminó con una muerte lamentable”, o un robo porque para el apoderamiento se utilizó violencia, pues estas circunstancias son propias del homicidio o del robo, respectivamente, y tomarlas en cuenta implicaría agravar dos veces por la misma circunstancia, nada impediría considerar, respecto del robo, por ejemplo, el grado de violencia, leve o intensa, que hubiere empleado el autor para el hecho; o, si se usó un palo o una ametralladora; o, si el agredido fue un niño-.

Idénticas consideraciones corresponde efectuar respecto de la evaluación de las condiciones personales del autor, contenidas en el artículo 41, inc. 2º, del C.P. -como la situación familiar, profesión, origen social, educación, o, como en el caso la importancia de la función desempeñada- las que evaluadas respecto al momento en que se cometió el

hecho pueden revelar su mayor o menor gravedad, resultando asimismo importantes en la ponderación del deber de garante entre el autor y el bien jurídico lesionado, fundamentando un deber mayor; y para estimar la capacidad del autor para reconocer la antijuridicidad del hecho y para determinarse conforme a ese conocimiento.

Estudiada la fundamentación de la condena pronunciada a la luz de estos parámetros, no se advierte que el tribunal *a quo* haya tomado en consideración como agravante del delito de enriquecimiento ilícito por el que fue condenada ALSOGARAY la mera condición de funcionaria pública que aquella ostentaba al momento de los hechos -ponderación que está vedada en este plano de análisis donde se analiza la determinación de la pena debido a que esa calidad ya integra el tipo penal, como los mismos sentenciantes lo aclaran-; sino que fue evaluado con esa entidad calificante la importante jerarquía de los cargos ocupados en la administración pública que la ubicaban en las esferas de más alta responsabilidad del Estado, los que fueron mencionados -desde 1985 hasta 1989 se desempeñó como diputada nacional; desde ese año, como interventora de Entel y liquidadora; desde 1992, fue interventora y liquidadora de Somisa y finalmente, entre 1991 y 1999, ocupó el cargo de Secretaria de Estado-, así como su permanencia en ese tipo de funciones públicas -catorce años-.

De manera entonces que esas precisas y particulares circunstancias: que la nombrada se haya desempeñado al momento de cometer el delito en algunos de los cargos de mayor responsabilidad del gobierno nacional, así como la pluralidad y la extensión de este tipo de funciones, fueron las que incidieron válidamente en la individualización del monto punitivo como agravante. Argumentación concreta y completa que no fue siquiera analizada en el recurso interpuesto, donde, en este aspecto, sólo se ha referido que la específica evaluación como agravante de la calidad de funcionario público que revistió la encausada duplica la ponderación de ese mismo requisito tipificante.

Por lo demás, no puede desconocerse que si bien dentro de los límites establecidos por un derecho penal de hecho la consideración de los factores relativos a la personalidad del autor debe ser restringida, las condiciones personales del sujeto tienen incidencia tanto para determinar la gravedad de la infracción a la norma, como para graduar la culpabilidad (cfr.: Zaffaroni, Eugenio Raúl: "Tratado de Derecho Penal", Tomo V, p. 316), siempre, claro está, que estén vinculados al hecho en forma directa, por lo cual -como se dijo- deben ser considerados respecto al momento del hecho -mientras que analizados respecto de las necesidades de prevención especial cobrarán relevancia las relativas al momento de la sentencia-.

En este sentido, y enmarcado el análisis a efectuar en esta instancia por los

planteos realizados en la impugnación incoada, no se advierte incorrecto el mérito que en carácter de agravantes se les otorgó a los aspectos relativos a la profesión, origen social y educación general de la encausada, en cuanto reveladoras del deber mayor que le correspondía en el caso, analizados en relación al hecho concreto por ella cometido.

En definitiva, como lo sostiene Ziffer, "Ilícito y culpabilidad son conceptos graduables, y el paso decisivo de la determinación de la pena es definir su gravedad", para lo cual es imprescindible recurrir a las circunstancias que fundamentan la punibilidad y establecer su grado (cfr.: "Lineamientos para la determinación de la pena", Ed. Ad-Hoc, Bs. As. 1996, pág. 106 y ss.).

Concordantemente con lo expuesto y en cuanto a la referida forma en que se ha manifestado el hecho, como comprensiva -entre otros datos- del particular modo de ejecución de las acciones realizadas, como evidencia de la "extensión del daño", del grado de afectación al bien jurídico (cfr.: Zaffaroni, ob. cit., pág. 296), tampoco se advierte error alguno respecto de la ponderación como agravante del elevado monto de las cifras dinerarias ingresadas en su patrimonio de modo injustificado por ALSOGARAY, pues también este dato reveló la gravedad del hecho por ella cometido. Pauta de valoración que en su aplicación al caso no fue objeto de crítica de la defensa.

Cabe concluir entonces que todas estas concretas circunstancias resultaron francamente demostrativas del mayor deber que le correspondía en el caso, y de la específica gravedad y entidad del hecho delictivo cometido por la nombrada, por lo cual su ponderación resultó necesaria y pertinente -a la luz del artículo 41 del C.P.- a los fines de fijar la medida de las penas divisibles previstas por el artículo 268 (2) del C.P.-en el caso las de prisión e inhabilitación absoluta- al momento de pronunciar su condena.

Razones que acarrearán asimismo el rechazo del agravio esgrimido por la defensa en cuanto a que los aspectos atinentes a la importancia y extensión en el tiempo de las funciones públicas desempeñadas por su asistida sólo "guardan relación directa con la pena de inhabilitación que también se le impuso". A lo que debe agregarse que esa simple afirmación, que no encontró apoyatura en fundamento alguno, olvida además que la pena de inhabilitación absoluta temporal -que en el caso le fue impuesta a ALSOGARAY por seis años-, es una pena privativa de un conjunto preestablecido y típico de derechos que atiende más específicamente a razones de prevención especial (art. 19, incs. 1 y 3, del C.P.) y en parte a razones de indignidad (art. 19, incs. 2 y 4), complementando la función de la otra pena -en el caso la de tres años de prisión de efectivo cumplimiento- ampliando el castigo y la seguridad, hacia donde ésta no alcanza, consistiendo en la pérdida o suspensión de uno o más derechos de modo diferente al que compromete, en el caso, la pena de prisión.

En virtud de todo lo dicho, y en orden a las consideraciones efectuadas no

resulta en modo alguno evidente en el caso la falta de correspondencia entre la gravedad de la lesión al bien jurídico provocada por el delito por el que resultó condenada ALSOGARAY, y la intensidad o extensión de esa privación de bienes jurídicos, que, como consecuencia de la comisión de aquél, ésta debe ahora soportar a raíz de su condena; ni por ende repugnante a la protección de la dignidad de la persona humana, centro sobre el que gira la organización de los derechos fundamentales en nuestro orden constitucional.

Ello, teniendo en cuenta además que la regla en materia de represión penal es la efectividad de la condena -aplicada al reo en la sentencia con que culmina el debido proceso-, por lo que el instituto de la condenación condicional constituye una excepción a dicho principio, cuya aplicación es facultativa para el tribunal, tal como lo establece el artículo 26 del Código Penal, y que no se verifican en el caso circunstancias, en virtud de lo anteriormente expuesto, que demuestren la inconveniencia de aplicar efectivamente la privación de libertad. Aún considerando las referencias de índole genérica en cuanto a la inconveniencia de imponer penas de corta duración de efectivo cumplimiento, así como las cuestiones relativas a la inserción familiar y social de la encausada, realizadas en el voto minoritario, que tampoco se presentan suficientes en relación a las demás pautas de valoración estudiadas y al principio contenido en el artículo citado, para considerar irrazonable la condena en este aspecto dispuesta en la sentencia (de esta Sala IV, causa Nro. 3231, "ESPINOSA, César Aníbal y ESPINO-SA, Fernando s/recurso de casación", Reg. Nro. 4132, rta. el 19/6/02; entre otras).

En fin, las penas de tres años de prisión de cumplimiento efectivo y de seis años de inhabilitación absoluta que finalmente le fueron impuestas a la nombrada, no resultan en definitiva arbitrarias; pues no han excedido los límites de la culpabilidad ni el grado de injusto cometido por la encausada, presentándose, como se adelantó, razonables en concreta relación también a la escala punitiva prevista para el delito por el cual resultó condenada. Y siempre, teniendo en cuenta que la arbitrariedad por su carácter excepcional sólo procede ante pronunciamientos que signifiquen un apartamiento inequívoco de la solución prevista para el caso, o una decisiva ausencia de fundamentación; falencias que no se advierten en la decisión cuestionada.

Propicio entonces que se rechace el recurso de casación interpuesto, también en relación a los agravios que han resultado objeto de precedente estudio.

2. a. Por último, se agravia la defensa por considerar erróneamente aplicado en el caso lo dispuesto por el artículo 23 del Código Penal.

Ingresando al estudio de la cuestión planteada, cabe recordar que el mencionado artículo -en la redacción incorporada por la ley 23.077, vigente al momento de los hechos juzgados- establece que la condena importa la pérdida de los instrumentos del delito, los que, con los efectos provenientes de él, serán decomisados, a no ser que pertenecieran a un tercero no responsable.

De manera que el decomiso es una consecuencia accesoria a una pena principal, que constituye un efecto de la sentencia condenatoria cuando se configuran aquellas condiciones legalmente previstas y que, por encontrarse dispuesta en la parte general del Código Penal, resulta aplicable a todos los delitos previstos en dicho cuerpo normativo y en las leyes especiales -a menos que en éstas dispongan lo contrario- (artículo 4 del C.P.).

Los “efectos” provenientes del delito son, principalmente, los objetos que forman el delito y los que son su resultado, obtenidos o producidos mediante el injusto, sea que se encuentren en el mismo estado o en otro diferente -como valor de uso o de cambio- (cfr.: Zaffaroni, Eugenio Raúl, “Derecho Penal. Parte General.”, Ed. Ediar, Bs. As., junio de 2002, pág. 988). De manera que cierto es que la previsión legal no restringe en ese aspecto el significado de dicha expresión, encontrando sustancial fundamento también en la prevención, en orden a excluir la posibilidad de que de un delito castigado por el Estado resulte un remanente de lucro para el delincuente; es decir, que su principal sentido es el de impedir que el autor del ilícito penal pueda seguir disfrutando de lo que por él obtuvo, ya que carecería de sentido, como lo destaca el tribunal, imponer la pena y permitir que el delito siga produciendo sus efectos.

Podríamos entonces concluir que el decomiso no sólo tiene carácter retributivo, sino también -en el sentido expuesto- preventivo.

Respecto de delitos de corrupción, puede considerarse que el decomiso cumple una función reparatoria del daño social causado, por lo que resulta importante otorgarle un sentido de restauración de la justicia y restablecimiento del equilibrio perdido, destinado a recuperar para la comunidad los activos obtenidos o utilizados en la comisión de delitos socialmente dañosos.

Este sentido de “recupero” anima el artículo 29 del Código de fondo, en cuanto dispone que “La sentencia condenatoria podrá ordenar: 1. La reposición al estado anterior a la comisión del delito, en cuanto sea posible, disponiendo a ese fin las restituciones y demás medidas necesarias”.

Ahora bien, recordemos que la conducta típica contenida en el artículo 268 (2) del Código Penal, como se dijo, se configura mediante el enriquecimiento apreciable e injustificado por parte del funcionario o empleado público durante la vigencia de la relación

funcional o laboral; por lo que, en relación al caso juzgado, esa fracción del patrimonio de ALSOGARAY, en el caso el dinero ingresado al mismo de ese modo, en tanto constitutivas de ese incremento patrimonial apreciable e injustificado, resultan claramente abarcadas por el artículo 23 del Código de fondo en tanto constituyeron -a la luz de las consideraciones efectuadas- el resultado del delito por el que resultó condenada. Y, en tal sentido, su decomiso fue ordenado de conformidad con dicha disposición.

En orden a todo lo dicho, exigir la prueba de que ese dinero producto del enriquecimiento apreciable e injustificado de la funcionaria pública haya resultado, además, el producto o efecto de otro delito, como lo pretende la defensa, implicaría agregar requisitos que no son contenidos por la ley penal, tanto respecto de la procedencia del decomiso como de la configuración del tipo penal mismo que no requiere -ni siquiera- un hecho circunstanciado como causa fuente de la adquisición de bienes.

Se duele también la defensa de que una de las sumas cuyo decomiso ordena la sentencia esté expresada en dólares, alegando al efecto que las penas pecuniarias deben ser expresadas en moneda de curso legal, no sólo porque la “ley de convertibilidad” ya fue derogada, sino porque “nuestra expresión legal represiva nunca fue ‘dolarizada’ y siempre el catálogo de penas de esa índole mantuvo sus expresiones en la moneda de curso legal que fue y sigue siendo el peso argentino”, y que “si alguna duda se alentara, también el resultado sería el mismo pues la hesitación tendría que seguir siendo resuelta a favor del imputado (y por ende obligado al pago) por la aplicación más benigna que está claro es la de nuestro peso nacional sin actualizaciones dolarizadas”.

El planteo así efectuado luce por completo insuficiente a los fines de habilitar la revisión reclamada a esta instancia en la medida en que se ha sustentado en aquellas simples afirmaciones genéricas y abstractas que no encontraron apoyatura en el análisis de las disposiciones legales pertinentes, tanto de aquellas que se consideraron inobservadas como de las que fueron aplicadas. Requisito que resultaba sustancial en el caso a los fines de evidenciar cuál es el error *in iudicando* endilgado al fallo pronunciado en el aspecto en cuestión.

Propongo entonces que se rechace el recurso de casación interpuesto también respecto de las cuestiones tratadas en el presente acápite.

b. Por último, y en cuanto al pedido efectuado por organizaciones no gubernamentales invocando la institución de *amicus curiae*, considero que, en orden a la función reintegradora y reparatoria que también corresponde otorgarle al instituto en estudio, destinar en forma concreta el producto de delitos vinculados con el abuso de posiciones de poder público, de carácter económico, directamente en beneficio de instituciones

reconocidas como de bien público -como el Hospital Nacional de Pediatría Juan P. Garrahan- llevaría a paliar, siquiera parcialmente, el impacto social por ellos producido.

El artículo 522 del C.P.P.N. pone en cabeza del tribunal la decisión de disposición, en cuanto ordena que “Cuando la sentencia importe el decomiso de algún objeto, el tribunal le dará el destino que corresponda según su naturaleza”.

Para el caso de autos, el marco normativo aplicable -en cuanto al destino que corresponde darle a los bienes decomisados- está dado por la ley Nro. 23.853.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación en la Acordada Nro. 37/91 -del 25 de septiembre de 1991- ha dicho que con arreglo a lo dispuesto por el artículo 3º, inc. b, de la ley 23.853 constituye recurso específico y propio del Poder Judicial de la Nación el producto de la venta de efectos secuestrados en causas penales que no hayan podido entregarse a sus dueños, así como los objetos comisados; que los artículos 8º y 9º de la misma ley otorgan al Tribunal plenas y amplias facultades para determinar el régimen de percepción, administración y contralor de sus recursos y lo facultan para adoptar las medidas que considere convenientes para efectuar el control y exigir el cobro de los recursos mencionados en el artículo 3º, y que, además, el artículo 12º de dicha ley ha dejado sin efecto todas las disposiciones legales y reglamentarias que se opongan a su cumplimiento.

El Alto Tribunal en dicha acordada dispuso que la exégesis que corresponde a esas disposiciones consiste en establecer que los efectos secuestrados en causas penales que no hayan podido entregarse a sus dueños, así como los objetos comisados, comprenden a todos los bienes de cualquier naturaleza que se encuentren sometidos a una decisión jurisdiccional dentro del proceso judicial, y conforman el recurso específico y propio del Poder Judicial de la Nación a que se refiere el artículo 3º, inciso b) de la ley 23.853.

Con apego a estas reglas deberá proceder el *a quo* en forma definitiva.

V. En virtud de todo lo precedentemente expuesto propicio que se rechacen los recursos de casación e inconstitucionalidad interpuestos por la defensa de María Julia ALSOGARAY, declarándose la constitucionalidad del artículo 268 (2) del Código Penal, confirmándose la sentencia pronunciada, con costas (arts. 530 y 531 del C.P.P.N.). Teniéndose presente la reserva del caso federal formulada y mantenida por la recurrente, así como su intención de dar intervención a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

**El señor juez Pedro R. David dijo:**

I. En primer lugar, cabe precisar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido que las leyes debidamente sancionadas y promulgadas llevan en



principio la presunción de validez (Fallos 263:309). Asimismo, se consideró que la declaración de inconstitucionalidad de las leyes es un acto de suma gravedad institucional, *ultima ratio* del orden jurídico, ejerciéndose únicamente cuando la repugnancia con la cláusula constitucional es manifiesta y la incompatibilidad inconciliable (Fallos 303:625). Además, el acierto o error, el mérito o la conveniencia de las soluciones legislativas no son puntos sobre lo que al poder judicial quepa pronunciarse, salvo en aquellos casos que trascienden ese ámbito de apreciación, para internarse en el campo de lo irrazonable, inicuo o arbitrario (Fallos 313:410; 318:1256).

Por otra parte, en cuanto al tema de la interpretación de la ley, “mi postura se enrola en la convicción de que un ordenamiento jurídico, dado que no es un catálogo abstracto de casos contemplados por el legislador, sino que es una estructura totalizadora de normas que expresan valores, debe armonizarse con la situación fáctica de cada tiempo histórico” y que “no hay lagunas del derecho porque hay jueces que interpretan las leyes” (mi voto en la causa Nro. 7, “ÁVILA, Blanca Noemí, s/recurso de casación e inconstitucionalidad”, Reg. Nro. 18, Reg. Nro. 18, rta. el 2/7/93).

Además, y siguiendo la jurisprudencia que emana de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, es del caso señalar que “la inconsecuencia o falta de previsión del legislador no se suponen y por ende, se reconoce como principio que las leyes han de interpretarse siempre evitando conferirles un sentido que ponga en pugna sus disposiciones, destruyendo las unas por las otras y adoptando como verdadero el que la concilie y deje a todas con valor y efecto” (Fallos 300:1080; 315:727; 310:195 y 320:1090 y 1962, entre muchos otros).

Así como también que “es regla en la interpretación de las leyes dar pleno efecto a la intención del legislador, computando la totalidad de sus preceptos de manera que se compadezcan con el resto del ordenamiento jurídico y con los principios y garantías de la Constitución Nacional” (Fallos 310:937).

En definitiva, “la interpretación de las leyes debe practicarse teniendo en cuenta su contexto general y los fines que las informan”, y “ello comprende no sólo la armonización de sus preceptos sino también su conexión con las demás normas que integran el ordenamiento jurídico” (Fallos 287:79).

El precepto cuya constitucionalidad viene a estudio, el art. 268, 2° del C.P., reza: “será reprimido con reclusión o prisión de dos a seis años e inhabilitación absoluta de tres a diez años, al 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. La prueba que ofrezca de su

enriquecimiento se conservará secreta, a su pedido, y no podrá ser invocada contra él para ningún otro efecto” -según ley 16.648, aplicado en el presente caso, pese a la reforma del artículo por la ley 25.188, en virtud de considerarse ley penal más benigna-.

Mi opinión es que la norma que nos ocupa, admite una lectura que no violenta las garantías ni derechos que le asisten al justiciable en función de nuestra Constitución Nacional y los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, en la medida en que la interpretemos como un tipo penal autónomo, que define un “delito de comisión”, cuya acción típica consiste en “enriquecerse patrimonialmente de manera apreciable e injustificada tras asumir un cargo o empleo público”, que debe ser juzgado de acuerdo a un juicio justo. Dejando aclarado firmemente, que no se castiga sobre la base de una presunción de culpabilidad, sino por el hecho de que el funcionario se enriqueció de modo apreciable e injustificado en función de sus ingresos legítimos, durante el ejercicio de su función y que la prueba de ese enriquecimiento debe ser concluyente e inequívocamente aportada por el Ministerio Público.

Ello es así, por cuanto es ésta y no otra la esencia del tipo penal, más allá de que “la redacción de la figura puede prestarse a equívocos” dada su defectuosa redacción y la mención que se hace en el artículo de referencia respecto de la no justificación tras el debido requerimiento (Fontán Balestra, Carlos, “Tratado de Derecho Penal”, Tomo VII, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1990, pág. 366). Así, también se ha dicho que “es claro que la acción es haber acrecentado ilegítima e irrazonablemente su fortuna” (Alfredo Molinario, “Los delitos”, texto preparado y actualizado por Eduardo Aguirre Obarrio, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1999, pág. 385).

Concuerdo con De Luca y López Casariego en que “el bien jurídico protegido es la imagen de transparencia, gratuidad y probidad de la Administración y de quienes la encarnan” (“Enriquecimiento ilícito y Constitución Nacional”, L.L. 2000-A, pág. 257). Es que, “parece evidente, entonces, que un mínimo de comportamiento ético es exigible” y “este mínimo está dado por la austeridad y la probidad, el decoro, que pasan a ser obligatorios”, puesto que “hoy por hoy, en un sistema republicano-democrático en que se aspira al imperio del Estado de Derechos, estas condiciones no pueden faltar” (Molinario, ob. cit., pág. 386).

Si reparamos en que el control de constitucionalidad no incluye el examen de la conveniencia o acierto del criterio adoptado por el legislador (C.S.J.N., Fallos 253:362; 257:127; 308:1631; entre otros), el Estado tiene derecho a procurar que, por razones de transparencia administrativa, política criminal, e incluso por razones de adecuación a normativa internacional, los funcionarios gubernamentales posean exclusivamente el patrimonio que se encuentre justificado en actividades lícitas, previendo una condena penal para aquellos cuyo patrimonio no se corresponde con sus ingresos legítimos, en el contexto

de un proceso justo, con las características que luego analizaremos. No atenta esta política legislativa el principio de igualdad, porque tal garantía constitucional impone únicamente un tratamiento homogéneo de situaciones similares y el legislador puede contemplar en forma distinta situaciones que considera diferentes con tal que la discriminación no sea arbitraria, ni importe ilegítima persecución o indebido privilegio de personas o grupos de personas aunque su fundamento sea opinable (Fallos 310:849; 310:943 y 310:1080 entre muchos otros).

Entrando al análisis de los elementos del tipo, entiendo que enriquecerse patrimonialmente implica aumentar el activo o disminuir el pasivo y el tipo exige además, que este aumento o disminución se produzca durante el tiempo en que se desempeñó la función pública: posterior a la asunción de un cargo o empleo público, dice la ley (Fontán Balestra, ob. cit., pág. 366).

Asimismo, la figura requiere que ese enriquecimiento sea apreciable e injustificado. Es decir, se precisa comprobar que objetivamente existe un incremento patrimonial notorio, desproporcionado a los ingresos legítimos del funcionario.

En este sentido, pese a resultar criticable el término “apreciable”, se sostiene que “una guía aceptable la constituiría el análisis de la proporción que resulte de relacionar el volumen del enriquecimiento con las entradas y bienes de fortuna que se le conocen al funcionario, de modo que el aumento pueda ser considerado como normal o no en la evaluación económica de ese patrimonio” y que “sólo la apreciación de cada caso en particular podrá dar la pauta” (Fontán Balestra, ob. cit., pág. 366).

Es decir que el enriquecimiento del funcionario debe carecer de justificación por no encontrarse originado en una fuente legítima compatible con el desempeño de su cargo. Molinario indica que “hay bastantes causas del acrecentamiento patrimonial que son perfectamente lógicas” y que “una buena selección se encuentra en el Proyecto de 1941, obra de José Peco (art. 324): a) Emolumentos legales del cargo; b) Ejercicio de profesión, oficio o actividad lícita, compatibles con la función pública; c) Acrecentamiento natural de los bienes que se tenían al asumir el cargo o que se adquirieron lícitamente durante su ejercicio y las rentas que produjeren esos mismos bienes; d) Herencia, legado o donación por causa extraña a la función, acreditados por instrumento público; e) Hechos fortuitos; f) Ejercicio de derechos legítimamente adquiridos” (ob. cit., pág. 385).

Tómese razón, de que el enriquecimiento apreciable e injustificado del cual venimos hablando, si se permite el término, es objetivo en el sentido de que no tiene que ver con la negativa a justificar o deficiente justificación por parte del funcionario -después de haber sido debidamente requerido-, sino con una comprobación que determina la existencia

de un acrecentamiento patrimonial apreciable en forma injustificada en comparación con los ingresos legítimos del funcionario.

En esta línea de pensamiento, atento a 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 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.

Ahora bien, no podemos soslayar que el texto legal también dice “el que al ser debidamente requerido, no justificare”, frase sobre la cual descansan las críticas más severas acerca de la inconstitucionalidad de la norma en estudio, basadas en que el tipo estaría violando la garantía contra la autoincriminación y el principio de inocencia.

Para aclarar este punto, debemos tener en cuenta que estamos ante un delito de comisión, consistente en enriquecerse de manera apreciable e injustificada durante el ejercicio de la función pública y no -como pretende la defensa- ante un delito de omisión, consistente en “no justificar un enriquecimiento considerable al ser debidamente requerido”.

La prohibición consagrada en la máxima *nemo tenetur prodere o accusare seipsum* se halla plasmada hoy día en un sin número de ordenamientos de carácter constitucional o suprallegal. Así, el art. 18 de nuestra Constitución Nacional establece que “nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo”. También, el art. 5° de la Declaración Universal de Derechos Humanos, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948 en donde se establece que “toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado las garantías necesarias para su defensa”. En este sentido, el art. 14, párr. 3, g, del Tratado Internacional de Derechos Civiles y Políticos del 19 de diciembre de 1966 protege la libertad de declaración del imputado. Asimismo, en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, adoptada por la IX Conferencia Internacional Americana, con fecha 2 de mayo de 1948, se establece que “se presume que todo acusado es inocente, hasta que no se pruebe que es culpable. Cláusulas éstas que deben ser entendidas como disposiciones que sostienen el derecho a no suministrar pruebas contra sí mismo. Por su parte, el art. 8°, inc. g, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos -Pacto de

San José de Costa Rica- establece el “derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable”. También el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales del 4 de noviembre de 1950, en su art. 6 prevé el derecho a un proceso equitativo y específicamente en el punto 2 que “toda persona acusada de una infracción se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente declarada” (sobre el tema ver: Tedesco, Ignacio F., “El privilegio contra la autoincriminación. Un estudio comparativo”, Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, Año III, Nro. 6, Editorial Ad-Hoc, pág. 259 y sgtes.).

Se ha dicho que “más allá de las posibles divergencias en cómo debe ser entendido este privilegio, lo cierto es que el fundamento central de este derecho es el privilegiar la dignidad del ser humano individual y de cierto ámbito de su privacidad -que le debe garantizar un Estado de Derecho-, por sobre la meta de averiguar la verdad del procedimiento que tenga lugar; por más que sea aquella verdad acerca de la cual nadie conozca mejor que el mismo imputado” (Tedesco, Ignacio F., ob. cit., pág. 273).

Haré esta interpretación en el convencimiento de que informado por la presunción de inocencia, el interrogatorio, es el principal medio de defensa -así se ha dicho en infinidad de veces con respecto a la indagatoria-, y tiene la función de dar vida al juicio contradictorio, permitiendo al imputado desmentir la acusación, aduciendo todos los argumentos con que cuenta para justificarse. El fin de obtener la verdad no justifica cualquier medio, de modo que es únicamente la naturaleza del medio lo que garantiza la obtención del fin, por lo cual el interrogatorio, precisamente por hallarse encaminado a permitir la defensa del reo, debe estar sujeto a toda una serie de garantías.

En este sentido, corresponderá verificar en cada caso concreto si estas garantías, las que precisamente deben ser respetadas en tanto son ellas las que le dan sustento al derecho de defensa en juicio, se han violado o puesto en peligro. Ello es así, puesto que so pretexto de la averiguación del delito, por muy grave que sea éste, no se pueden dejar de lado los derechos humanos que asisten a toda persona. Específicamente todas las salvaguardas judiciales, el derecho a un juicio justo, incluido el derecho a la asistencia letrada, el derecho a la igualdad de armas, el derecho a recursos legales, el derecho a juzgamiento sin excesiva demora y a ser juzgado por un tribunal independiente e imparcial. Este, por otra parte, ha sido el criterio rector de las Naciones Unidas, reiterado nuevamente en ocasión del Undécimo Congreso de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y Justicia Penal, reunido en Bangkok, 18 a 25 de abril de 2005, esta vez, en torno al tema de las medidas de lucha contra el terrorismo, con referencia a las Convenciones y Protocolos Internacionales pertinentes, particularmente en los párrafos 16, 17 y 18 -

aunque siempre con referencia al delito de terrorismo y a las situaciones de emergencia originados en él- (A/CONF.203/12, del 21 de marzo de 2005, tema 4 del programa provisional: "Cooperación internacional en la lucha contra el terrorismo y las vinculaciones entre el terrorismo y otras actividades delictivas en el contexto de la labor de la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito", Seminario 4). Línea de pensamiento que surge también del documento del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, E/CN.4/ 2005/L.88 del 15 de abril de 2005, "Promotion et protection des droits de l'homme".

En definitiva, entiendo que es factible compatibilizar el requerimiento de justificación patrimonial con el art. 18 de la C.N., afirmando que es una cláusula, que el delito en estudio prevé en garantía del imputado, y aceptando que las distintas decisiones que él o su defensor adopten frente a ese requerimiento (declarar, no declarar, presentar prueba, etc.) se enmarcan pura y exclusivamente en el ejercicio libre del derecho de defensa en juicio. Entonces, la expresión "debidamente requerido" debe ser entendida como una reafirmación del derecho a un debido proceso legal, en donde el requerimiento presente claramente los términos de una acusación que permita al imputado conocer los hechos de los que se le hace responsable, dándole la posibilidad de ejercer plenamente su derecho de defensa, aportando la prueba que considera pertinente, ante un tribunal independiente e imparcial. Todo esto en el entendimiento de que "no es sobreabundante que se pretenda brindar un mejor marco de protección al ejercicio del derecho de defensa en juicio mediante un acto que responda a las particularidades propias de una imputación referida a este delito, en el que se detalle precisa y circunstanciadamente cada aspecto de la situación patrimonial que se considere injustificado" (Otranto, Guido, "El delito de enriquecerse injustificadamente, el requerimiento de justificación patrimonial y el derecho de defensa en juicio", Revista de Derecho Penal y Procesal Penal, fasc. 1, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2004, págs. 223/224).

Entonces, adquiere particular relevancia, para cumplir acabadamente con las garantías a las que venimos aduciendo, poner de manifiesto que el requerimiento debe ser hecho debidamente. Esto presupone, por un lado, que el requerimiento debe ser hecho por una autoridad competente y que además debe ser específico en lo que atañe al enriquecimiento investigado e imputado en el procedimiento. En el requerimiento, el requirente asume la carga de demostrar que objetivamente existe un aumento patrimonial apreciable y no justificado en los ingresos legítimos del funcionario. Esto está en consonancia con pronunciamientos de la Corte Europea de Derechos Humanos, en donde se dijo que de acuerdo a las garantías específicas, mencionadas en el art. 6.2 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, el derecho de una persona a ser presumido inocente requiere al Fiscal la prueba de las alegaciones ya que eso forma parte de la noción de un juicio justo (Sentencia del T.E.D.H.

caso “Phillips contra United Kingdom”, 5 de julio de 2001)

Y en esta línea de pensamiento “el problema del carácter coactivo del ‘no justificar’ se diluye de modo considerable, pues cuando el juez pregunta por el enriquecimiento ya debe contar con elementos independientes y objetivos demostrativos de un apreciable incremento del patrimonio que, pese a las pesquisas objetivas (peritajes contables, estudio de la documentación, etc.) no encuentra justificación en los ingresos que el funcionario debía tener”, puesto que “lo que se valora negativamente en su contra no es su silencio, sino todos los datos objetivos demostrativos de su incremento patrimonial sin razón alguna”. Al ponerse así de manifiesto la valoración por parte del juez, “se estará imputando el haber producido ese enriquecimiento injustificado y no la omisión de haberlo justificado” (Otranto, Guido S., ob. cit., pág. 221, con cita de De Luca y López Casa-riego).

En suma, es el juez a quien le corresponderá, bajo el imperio del principio *in dubio pro reo*, realizar la valoración de la actividad procesal resultante del requerimiento, debiendo limitarse a la observación de si se han logrado desvirtuar los fundamentos de la imputación efectuada, “pero siempre y cuando se entienda que esto significa que se está analizando toda la prueba producida en el proceso -de cargo y de descargo- a fin de concluir acerca de si el funcionario se ha enriquecido en forma injustificada en comparación con sus ingresos legítimos” (Otranto, ob. cit., pág. 223/4).

Esta interpretación, que restringe el papel protagónico de la inversión de la carga de la prueba en la tipificación del ilícito, evita las tachas de inconstitucionalidad, como las que ha expresado la Corte Constitucional Italiana en ocasión de pronunciarse sobre las normas del art. 12, quinto del Decreto ley 306 del 8 de junio de 1992 que establecía la inversión de la carga de la prueba sobre el acusado obligándolo a éste a probar el origen legítimo de su enriquecimiento, aplicable incluso a personas que, acusadas, aún no tenían condena. La norma en cuestión fue reemplazada luego por el art. 12 sexto, ley 356/92 que obliga al condenado a justificar no ya el origen legítimo sino simplemente el origen. Aún con esta modificación hay que hacer notar que la doctrina ha señalado la equivalencia de ambos textos a pesar de su aparente cambio.

No dejo de reconocer la abundancia de doctrina que, en contra de la postura que vengo sosteniendo, afirma que la estructura típica del art. 268 (2) del Código Penal no respeta el principio de legalidad, ni el derecho penal de acto, viola el principio de inocencia y desconoce el principio de la no autoincriminación, en tanto parte de una presunción de culpabilidad e invierte entonces la carga de la prueba (Sancinetti, Marcelo A., “El delito de enriquecimiento ilícito de funcionario público -art. 268, 2, C.P.-. Un tipo penal violatorio del Estado de Derecho”, Editorial Ad-Hoc., Buenos Aires, 1994; Donna, Edgardo Alberto,

“Delitos Contra la Administración Pública”. Colección Autores de Derecho Penal, Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, 2000; Mikkelsen-Löth, Jorge Federico, “Enriquecimiento ilícito. El desafío para la Ciencia Jurídico-penal en la sociedad actual de enfrentar la corrupción en la Administración Pública”, Serie Fedye, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2001; Bruzzone, Gustavo A. y Hernán Gullco, “Acerca de la controvertida adecuación constitucional del tipo penal del enriquecimiento ilícito de funcionario público”, en “Teoría y práctica del delito de enriquecimiento ilícito de Funcionario Público (art. 268 [2], C.P.)”, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 2005; Inchausti, Miguel A., “Enriquecimiento ilícito de funcionarios El art. 268.2 del Cód. Penal -leyes 16.648 y 25.188-“, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 2001; De La Fuente, Javier Esteban, “El delito de enriquecimiento ilícito. La discusión sobre su inconstitucionalidad”, en “Delitos contra la Administración Pública, Revista de Derecho Penal, Rubinzal Culzoni, 2004, págs. 79 y sgtes., entre otros).

Sin embargo, sentada la premisa por la cual estamos ante un tipo penal autónomo, de comisión y cuya acción típica consiste en “enriquecerse patrimonialmente de manera apreciable e injustificada tras asumir un cargo o empleo público” -con las aclaraciones ya referidas-, entiendo que la norma queda a salvo de esas críticas.

En efecto, el principio de legalidad y de derecho penal de acto no se encuentra vulnerado si, entendiendo la norma como un tipo penal autónomo, es claro que la conducta punible es enriquecerse patrimonialmente de manera apreciable e injustificada en los ingresos legítimos del funcionario público.

El principio de inocencia, y su importante correlato procesal -el *in dubio pro reo*-, quedan incólumes, en tanto el imputado es inocente mientras no se pruebe lo contrario y esa prueba de culpabilidad queda siempre en cabeza del Ministerio Público Fiscal, que al momento del requerimiento ya debe contar con los elementos de cargo que dan cuenta de la existencia de un enriquecimiento apreciable, que *prima facie*, no se encuentra justificado en los ingresos legítimos del funcionario; quedando zanjada así la cuestión acerca de la inversión de la carga de la prueba y la autoincriminación, dado el alcance que le diéramos arriba al término “no justificare”.

No está de más, recordar que la Convención Interamericana contra la Corrupción incluyó el delito de enriquecimiento ilícito en el artículo IX que reza: “con sujeción a su Constitución y a los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, los Estados Partes que aún no lo hayan hecho adoptarán las medidas necesarias para tipificar en su legislación como delito, el incremento del patrimonio de un funcionario público con significativo exceso respecto de sus ingresos legítimos durante el ejercicio de sus funciones y que no pueda ser razonablemente justificado por él”.

Y si bien, este artículo, debemos recordarlo, en el contexto de las discusiones



en la O.E.A., motivó observaciones de índole constitucional debido a la reversibilidad de la carga de la prueba a la que alude genéricamente; los Estados Unidos al ratificarla luego, no hicieron reservas debido a la cláusula de escape contemplada al inicio en el mismo artículo, aunque haciendo una declaración mostrando modos alternativos de enfocar el problema incluyendo el estándar del “net worth method of proof” en el procedimiento de las leyes impositivas de E.E.U.U..

También la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción en su artículo 20 establece que “con sujeción a su constitución y a los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, cada Estado Parte considerará la posibilidad de adoptar las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometa intencionalmente, el enriquecimiento ilícito, es decir, el incremento significativo del patrimonio de un funcionario público respecto de sus ingresos legítimos que no pueda ser razonablemente justificado por él”.

En definitiva, es la búsqueda de un balance armónico y equitativo de los principios mencionados aquí, lo que ha guiado nuestra decisión en el voto presente. Ello, no obstante la frágil arquitectura original de la norma del art. 268, 2° frente a los imperativos de un juicio justo en los términos de la normativa internacional de derechos humanos a que hacemos referencia aquí y que ninguna legislación doméstica puede avasallar.

II. Sentado todo lo anterior, y en el entendimiento de que “el interesado en la declaración de inconstitucionalidad de una norma debe demostrar claramente de qué manera ésta contraría la Constitución Nacional, causándole de ese modo un gravamen, y debe probar, además que ello ocurre en el caso concreto” (Fallos 310:211 entre muchos otros), vale decir que la afirmación de la recurrente respecto a que “en términos de garantías constitucionales el requerimiento debido sólo podría formularlo un tercero ajeno a la actividad jurisdiccional, pues de lo contrario se violentaría el principio de legalidad del que resulta que la investigación de un hecho presuntamente constitutivo de ilícito impone la anterioridad de éste al proceso mismo”, carece de fundamentación. En efecto, se basa en la premisa de que estamos ante un delito de omisión, que ya fuera descartada arriba al sostener que estamos ante un delito de comisión. La interpretación que vengo sosteniendo pues, descarta tal agravio, dado que el delito no se consuma cuando el funcionario no justifica tras el requerimiento, sino cuando se enriquece de manera apreciable e injustificada en sus ingresos legítimos, lo cual es anterior a aquel requerimiento, por lo cual de ninguna manera se verifica la irregularidad denunciada por la defensa respecto de la investigación de un ilícito antes de su consumación.

Adhiero además al colega preopinante cuando afirma la falta de

fundamentación del recurso de inconstitucionalidad en este punto, dado que la defensa soslayó explicitar las normas que considera violadas por haber sido el Ministerio Público Fiscal el órgano requirente, así como el perjuicio que le irrogó que ese órgano efectuara tal requerimiento en este caso concreto, y cuál era “el tercero ajeno a la actividad jurisdiccional” que a su entender debió efectuar tal acto.

Asimismo, en cuanto a la inversión de la carga de la prueba, la defensa parte, para formular su agravio de inconstitucionalidad, de la premisa por la cual “la exigencia de que el imputado justifique su incremento patrimonial significa que la autoridad que le formula el requerimiento no tiene que probar su sospecha, sino que el funcionario debe probar que es inocente; implicando ello la imperiosa necesidad de que el sospechado ‘declare’, pues si optara por guardar silencio debería pagar el altísimo costo de quedar automáticamente incurso en el delito que nos ocupa”. Ya dijimos arriba que ello no es así, en tanto el delito que estudiamos es de comisión y consiste, no en “no justificar” -como pretende la defensa-, sino en enriquecerse de manera apreciable e injustificada en sus ingresos legítimos como funcionario, y que, por otra parte, al momento de formular el requerimiento corresponde al órgano competente del Estado probar tales extremos de manera específica.

Además, el requisito de un requerimiento de justificación específico se cumplió debidamente a fs. 901/939, figurando la prueba de cargo con que se contaba, demostrativa de un incremento patrimonial apreciable e injustificado en los ingresos legítimos de la funcionaria.

En efecto, ya el primer requerimiento no fue resultado de una simple “sospecha”, sino que, como bien manifiesta el Tribunal de mérito, para llegar a él “se recibió declaración testimonial al denunciante, quien ratificó lo expuesto, aportando detalles al respecto, y acompañando una publicación de la Revista “Noticias” que coincide con los términos de su denuncia (fs. 19/26 y 28/34). Luego, se colectó el testimonio de los periodistas responsables de las notas referidas (fs. 41/47, 48/49 y 158/159) y se agregaron publicaciones y fotografías que exhibían el nivel de vida ostentado por la investigada (fs. 39, 52/59 y 71/139). Se requirió a la Dirección General Impositiva información relativa a la situación de la imputada ante dicha dependencia, la que luego de ser relevada del secreto fiscal que impone el art. 101 de la ley 11.683, acompañó documentación de interés para la investigación. A fs. 564/565, el Escribano Oscar Rodolfo PONCE de LEÓN formuló denuncia contra María Julia ALSOGARAY mediante una carta de lectores a la Revista Noticias porque consideraba que no podía haber comprado en el precio que decía una propiedad de seiscientos metros cubiertos en pleno barrio de Recoleta, en la calle Junín, ya que el metro cubierto costaba más de mil pesos, con lo cual evidentemente el valor real de dicha compra debió haber ascendido aproximadamente a \$ 600.000 y no a \$250.000, lo que le hace

presumir que en la escritura de compraventa se incurrió en falsedad ideológica en evidente perjuicio del impuesto de sello. Que esto lo hizo saber a través de cartas a la D.G.I. y a la Secretaría de Industria. En función de los datos y documentación aportados, se citó a prestar declaración testimonial al personal del fisco que interviniera en la inspección practicada sobre la contribuyente ALSOGARAY durante el año 1994, como así también al ex contador de la misma Dr. Ernesto FURLONE, requiriéndose además la colaboración de un miembro del Cuerpo de Peritos Contadores oficiales. Finalmente se recolectó información acerca de la encausada procedente de diferentes organismos oficiales y privados, entre otros, el Registro de la Propiedad Inmueble, el Registro Nacional de la Propiedad Automotor, la Escribanía General de Gobierno, la Dirección Nacional de Migraciones, la Inspección General de Justicia y de diferentes entidades bancarias y empresas de tarjetas de crédito” (fs. 6727 vta./6728).

Fue recién ahí que, recolectada toda la documentación, informes y declaraciones testimoniales pertinentes, conforme lo normado por el art. 268 (2) del Código Penal, se corrió vista al Ministerio Público a efectos de que se expidiera respecto de la procedencia o no de efectuar el requerimiento de justificación, lo que finalmente consideraron procedente (fs. 6728). Sólo a mayor abundamiento, cabe aclarar además, que la respuesta dada por la imputada a ese requerimiento, lo fue con asistencia letrada, por lo que no se entiende cómo podría haberse vulnerado su derecho de defensa.

El agravio relativo a la prescripción de la acción penal carece también de fundamentación en tanto partiendo de la misma premisa que fuera descartada arriba, no sólo omite citar las disposiciones que considera violadas, sino que simplemente realiza afirmaciones dogmáticas sin ninguna apoyatura en el caso concreto.

Por último, traer a debate la “situación de la persona interpuesta”, carece de toda fundamentación en la presente causa donde tal extremo no estuvo acreditado en el decisorio en crisis, por lo que no hay agravio.

III. En respuesta al agravio relativo al comiso efectuado en estas actuaciones, adhiero en un todo al voto del doctor Hornos, con las siguientes consideraciones.

Antiguamente, las consecuencias jurídicas de carácter patrimonial establecidas por la comisión de ilícitos, jugaron un rol secundario en el derecho penal, puesto que el lugar primordial lo ocupaba la sanción del autor en tanto que individuo y su patrimonio sólo representaba un interés para la investigación de la prueba o para el orden público, considerándose el comiso como una consecuencia accesoria de la condena.

Sin embargo, las tendencias actualmente dominantes en la lucha contra delitos tales como el narcotráfico, el crimen organizado, el fraude y la corrupción, incorporan

nuevas sanciones dirigidas hacia el patrimonio del delincuente, en donde el decomiso constituye uno de los instrumentos más importantes.

Debemos hacer notar aquí, que la política criminal más equitativa y eficaz de los países en materia de recuperación de activos provenientes de conductas ilícitas, se orienta ahora, no solamente hacia acciones independientes o paralelas a la acción penal centrada en la condena, sino a ejercitarlas en un ámbito civil o administrativo. Todo ello, a través de acciones de investigación financiera a cargo de unidades judiciales o administrativas multidisciplinarias de alto nivel de capacitación para encarar este tipo de proceso.

Por otra parte, los requisitos para decretar el decomiso en numerosos países son menos exigentes que para la condena penal, y en otros es resultado de acciones independientes o paralelas al proceso penal.

En este contexto, a título ilustrativo, es dable poner de resalto que si bien los temas relativos a la carga de la prueba corresponden sin duda al derecho a un juicio justo, se ha dicho que la reversibilidad de la carga de la prueba permite a la autoridad judicial presumir, en ausencia de prueba en contrario, que los activos provenientes de delitos como el enriquecimiento ilícito, o el tráfico ilícito, o el lavado de dinero fueron adquiridos ilícitamente y como tal sujetos a decomiso; y que es a la persona cuyos bienes están bajo amenaza de decomiso (confiscation) a la que le corresponde establecer el origen legítimo de los activos (comentario a la Convención de Viena, párrafo 5.54.). Asimismo, la Corte Europea de Derechos Humanos, ha resuelto que revertir la carga de la prueba estaba justificado y que no contradice el art. 6 de la Convención, ya que éste no prohíbe que se formulen presunciones de hecho o de derecho, existentes en todo sistema legal, sino que exige a los Estados que mantengan estas presunciones dentro de los límites razonables que tengan en cuenta los objetivos de la legislación y mantengan los derechos de la defensa (Sentencias del T.E.D.H. de 7 de octubre de 1988, caso “Salabiaku contra Francia”, 28 y 25 de septiembre de 1992; caso “Pham Hoang contra Francia”, y caso “Phillips contra United Kingdom”, 5 de julio de 2001). Incluso, las Convenciones de Viena y de Palermo (artículos 5.7 y 12.7 respectivamente) que ratificó nuestro país, permiten a los Estados invertir la carga de la prueba en los procedimientos de decomiso relativos al tráfico ilícito de drogas y al lavado de dinero.

En esta línea, se ha dicho que si bien la Convención Europea de Derechos Humanos no regula específicamente la distribución de la carga de la prueba, no es indiferente a la misma. En efecto, una presunción que atribuya la responsabilidad de la carga de la prueba al acusado, puede en principio violar el art. 6.1 de la Convención, si es que resultare en un balance inaceptable de la igualdad de armas en el proceso penal.

En el marco del proceso penal, la Convención no impide en principio presunciones de hecho (N° 1194/86, Dec. 5-10-88, D.R. 57, p. 250) o de derecho en las leyes penales nacionales. No obstante, requiere a los Estados Contratantes, restringir esas presunciones dentro de límites razonables que tengan en cuenta el principio de proporcionalidad y mantengan los derechos de la defensa y la igualdad de armas. Además, requiere considerar si esos límites razonables son aplicados en una manera compatible con la presunción de inocencia, por ello, las presunciones deben ser susceptibles de refutación (*a presumption must not be an irrefutable one*).

Así, en principio, la Comisión y la Corte Europea de Derechos Humanos aceptan presunciones si hay posibilidad del acusado de desvirtuarlas (*rebuttal*) aunque la inaplicabilidad requiera al acusado o acusada, defenderse de sus implicaciones (ver: Consejo de Europa, *Reversal of the burden of proof in confiscation of the proceeds of crime: a council of europe best practice survey* (Best Practice Survey N° 2, PC-S-CO (2000) 8 Rev., págs. 9/10, 2000).

De hecho el art. 5.7 de la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Drogas y el Abuso de Estupefacientes (Convención de Viena, Ley 24.072) establece la reversibilidad del *onus probandi*. Esto ha sido motivo de apoyo parcial por la Corte Europea de Derechos Humanos en el caso "Murray vs. United Kingdom" que observó que la evidencia en contra de los acusados requiere una explicación que éste está obligado a otorgar... la falta de ella puede llevar desde el sentido común a generar la inferencia de que no hay explicaciones y que el acusado es culpable (1996, H.R.L.J. , decisión del 8 de febrero de 1996, párrafo 51).

En síntesis, hoy la reversibilidad de la carga de la prueba en materia de decomiso (*confiscation*) puede ser considerada como aceptable por la Corte Europea de Derechos Humanos y la contestación a las presunciones debe ser exculpatoria más que autoincriminatoria y esta posición está siendo aceptada por un número creciente de países, entre ellos Bélgica (Corte Suprema de Bélgica. Decisión del 18 de febrero de 1998, Proces vs. Bewijs -ver "Reversal..." ob. cit. pág. 10).

IV. Que, en virtud de todo lo expuesto, adhiero a la solución propuesta por el doctor Hornos en el punto II de su pronunciamiento y por sus fundamentos y conclusiones a los puntos I, III y IV. Tal es mi voto.

**La señora juez Amelia Lydia Berraz de Vidal dijo:**

I. Aunque la remisión a diversas normas de la Constitución Nacional que realiza hacia el final de su exposición de inconstitucionalidad generaliza y turba su

comprensión, a la violación de dos axiomas fundamentales pueden reconducirse los argumentos críticos que la señora Defensora expone en contra de la legitimidad constitucional del artículo 268.2 del Código Penal: la transgresión de los principios de legalidad, en su acepción de mandato de certeza de los tipos penales y de inocencia, afirmando infringido su amparo de prohibición de autoincriminación.

Para darles autónoma respuesta, y cerrar así el acuerdo que demanda la decisión de esta Sala, comenzaré por el análisis propuesto desde el bien jurídico que entiendo protege el delito en cuestión.

Comparto en ello la opinión de Laje Anaya, quien observa que las incriminaciones del Capítulo IX bis observan “un aspecto del movimiento de la administración: la corrección de sus integrantes”. Y es ese giro subjetivo en la concepción del objeto de tutela el que me lleva a reducir su contenido a aquél que le acordara el autor de la descripción típica que -por imperio del artículo 2 del ordenamiento sustantivo- viene aplicada en esta causa, cual es “la normalidad del ejercicio de las funciones legislativa, ejecutivas y judiciales en los tres ámbitos homónimos, normalidad que se protege frente a los abusos de los que desempeñan esas funciones (funcionarios o empleados públicos) y a los atentados de los terceros, destinatarios o no del acto funcional” ( la cita es de Nuñez, “Derecho Penal Argentino”, T VII pág. 18, Ed. Lerner, Bs. As. 1974, y aunque aparezca sobreabundante, en razón de que el párrafo ya fue transcrito por el primer votante, no puedo evitarla si quiero darle sentido a mi disgresión parcial).

Desde esa descripción del bien jurídico -que con su propósito protector “apunta a preservar la ética del funcionario en cuanto base ésta del respeto a los organismos del Estado” (conf. “Inchausti, Miguel A., “Enriquecimiento ilícito de funcionarios”, Ed. Ad. Hoc, Bs. As., 2001)-, pasando a justipreciar el primero de los prismas desde los que la Defensa nos exige observar la constitucionalidad de la figura, esto es, evaluando la precisión del legislador en la descripción de sus caracteres, bien se conceptúa al ilícito dentro de la categoría dogmática de los tipos dolosos activos, presentándolo a través de una acción típica que consiste en el enriquecimiento patrimonial apreciable e injustificado en el transcurso del desempeño de un cargo público (posición que sigue a Carlos Fontán Balestra, “Tratado de Derecho Penal”, Tomo VII, pág. 357 y sgtes. ed. Abeledo Perrot, Bs. As. 1990).

Expuesta esa premisa, presto mi consonancia a la comprensión otorgada a

los elementos que componen el tipo penal citado y a sus exigencias cognitivas y volitivas en los votos que anteceden y, por no encontrar sustanciales diferencias entre ambos, a sus fundamentos me adhiero. Con ello resulta, atento el vínculo que la propuesta de inconstitucionalidad de la Defensa mantiene con esa definición, que me uno a los argumentos que mis colegas exponen para fundamentar al rechazo del tópico relacionado con la violación al principio de legalidad del tipo penal en estudio, en cuanto a su pretendida falta de certeza respecto de su momento consumativo, así como de la autoridad legitimada para efectuar el requerimiento previsto en la norma, de las condiciones que lo justifican, de su condicionante, y de sus condiciones de modo y tiempo.

En lo relacionado a la situación de la persona interpuesta, por no ser una contestación que necesariamente derive de esa exégesis, sino que está basada en la falta del gravamen necesario para recurrir, aclaro mi adhesión al voto que lidera el acuerdo.

Restando enfrentarme con el otro argumento que funda la propuesta de inconstitucionalidad presentada por la Defensa, vinculado con la presunción que contienen el artículo 18 de la Constitución Nacional y diversos pactos internacionales, y con el obligado respeto del axioma *nemo tenetur se ipsum accusare*, observan correctamente mis colegas las doctrinas de presunción de validez de las normas y de exigencia de incompatibilidad inconciliable con los principios de la Carta Magna, como obligatorias pautas que a la verificación de congruencia constitucional imponen los fallos de nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación.

A tales principios he de relacionarlos con el que establece que ante varias interpretaciones posibles de una ley, es necesario elegir siempre aquella que no entre en colisión con las cláusulas constitucionales. Solución adoptada por el Máximo Tribunal (ver Fallos 318:1905 y sus citas) que implica precisamente, como lo expone Gullco, “interpretar a las normas infraconstitucionales de manera ‘conforme’ con la Constitución” (“La preconización del uso de estupefacientes y los límites del control de constitucionalidad”, La Ley 2002-C, pág. 425).

Siendo ese su marco de ejercicio, el control de constitucionalidad que se pretende, obliga siempre al intérprete a perseguir, de entre diversos sentidos potenciales, una tesis de significación de determinado precepto legal que se presente armónica con los principios y garantías de la Constitución Nacional; a la vez que le impone un escrutinio especialmente estricto, en respeto del férreo límite que implica el compromiso con el equilibrio entre los poderes del estado.

Con esas breves consideraciones, adhiero al sentido que ya viene acordado al requerimiento de justificación que demanda la hipótesis típica de la norma sustantiva, desde mi óptica justa derivación de las pautas recordadas, en razón de que de entre aquéllas que lo presentan como elemento configurativo de la figura, variando su ubicación sistemática (como elemento objetivo del tipo, único o complementario del enriquecimiento patrimonial; como condición de procedibilidad; como condición objetiva de punibilidad), pero vinculando todas la amenaza de sanción penal con la actividad que exigen al funcionario público, le otorgan una definición que se presenta orientada al respeto de las garantías protectoras de los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales a ella incorporados.

Por último no puedo sino coincidir con el doctor Hornos respecto de los defectos de fundamentación que presenta el recurso en examen, declarados en el desarrollo del punto II de su sufragio. De la lectura del acápite IV de ese escrito surge evidente que la



Defensa no ha desarrollado argumentos autónomos para contrariar la respuesta que a idénticos planteos de contradicción con derechos constitucionales le destinó el Tribunal Oral, siendo esa errónea premisa la que la lleva a mantener planteos críticos destinados a una concepción de la figura (la tesis de la omisión) que quizás les daría sentido, pero que no es la que adoptara la sentencia y la que debería fundadamente haber constituido el objeto del ataque.

II. Respecto de las impugnaciones que la señora Defensora Oficial vincula a la vía del inciso segundo del artículo 456 del código de forma, adhiero a la solución que decide el doctor Hornos en el punto III de su voto, sustentada en un detallado desarrollo de fundamentos que, amén de reconocer en diversas ocasiones la inviabilidad formal de los argumentos expuestos, ingresan al examen de eficacia material de los agravios presentados con respecto a los defectos que se afirman, así como revisan la necesaria presencia del perjuicio real y concreto a los intereses tutelados por la constitución nacional y las leyes, que lleve a justificar una decisión contraria a la adoptada en la sentencia, que la declaración de una nulidad procesal exige.

Ese acabado proceso valorativo de las alegaciones de la Defensa agota la competencia revisora que a esta Cámara han asignado la ley y la definición institucional que diversos pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación le vienen acordando, asegurando el ejercicio del derecho que consagran los artículos 8.2.h de la Convención Americana sobre derechos Humanos y el artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Sin dudas, se ha respetado la obligación de no interpretar o aplicar la vía que habilita su jurisdicción con rigor formalista, sino permitiendo “con relativa sencillez... examinar la validez de la sentencia recurrida en general, así como el respeto debido a los derechos fundamentales del imputado, en especial los de defensa y debido proceso” (la cita es del Informe 24/92 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, extraída del voto del doctor Petracchi acompañando a la mayoría en Fallos 321:494).

III. También comparto con el primer votante, en cuanto a la queja de inconstitucionalidad de la ley Nro. 18.302, su afirmación respecto al modo meramente genérico en que la cuestión ha sido planteada, en cuyo mínimo desarrollo no se invoca norma alguna de nuestra Constitución Nacional, o principio en ella reconocido, ni del derecho internacional de los derechos humanos que sustente la contradicción que el recurso del artículo 474 exige. Mas de fundamental incidencia se presenta el argumento de falta de perjuicio concreto, esgrimido con miras a la nula incidencia que la fundamentación de la sentencia otorgara al posible ejercicio justificante de la citada ley.

IV. Impugnado el juicio de mensuración que fundamenta el monto punitivo impuesto, tengo para mí en primer término que para contrariar a la Defensa únicamente

debe aclararse que la sentencia no descansa en la sola calidad funcional, que no me caben dudas constituye la esencia del tipo penal (y así lo pronuncié *in re* Trovato). A ella han sumado, en el juicio de *cantidad* al que me he referido en los antecedentes “Sánchez, Pablo Nazareth s/recurso de casación”, causa Nro. 2911, Reg. Nro. 3899, rta. el 13/3/02; “Damen, Diego Julián s/recurso de casación”, causa Nro. 4417, Reg. Nro. 6018, rta. el 8/9/04”; “Wowe, Carlos s/recurso de casación”, causa Nro. 847, Reg. Nro. 1535, rta. el 30/10/98, de esta Sala, tres pautas, cuya individual crítica calla la recurrente, que trascienden aquel elemento del tipo objetivo para erigirse en indiscutibles “elementos de hecho, objetivos o subjetivos, que influyen sobre la cantidad del delito en cuanto lo hacen más o menos grave” (Bettioli -Derecho Penal -Parte General- Editorial Depalma, 1965- página 441). Son las circunstancias del delito, cuya mensuración negativa legitima el artículo 41 del Código Penal, que son accidentales, y pueden o no existir sin que por ello falte el delito; y que no deben confundirse con sus elementos constitutivos, cuya eficacia es cualitativa “en el sentido que determinan la aparición o desaparición del delito en su típica configuración esquemática: fuera de su existencia el delito no puede configurarse” (autor y lugar citados).

Sobre las condiciones personales de la imputada y la doble punición que la casacionista ve en la pena de inhabilitación, comparto la motivada respuesta del doctor Hornos.

Ya he vertido opinión (solitaria, en la oportunidad de fundamentar mi disidencia en la causa Nro. 885, Reg. Nro. 1469.4, de esta Sala IV) respecto de que la regla en materia de política de represión penal es la efectividad de la condena aplicada al imputado en la sentencia que culmina el debido proceso penal, siendo el instituto de la condena de ejecución condicional una excepción a ese principio, cuya aplicación es facultativa para el Tribunal, el que -bajo sanción de nulidad- deberá motivar su imposición expresamente y de consuno con las pautas establecidas en la norma citada. Y en su verificación en el caso, concluyo que las razones que la recurrente aporta (aquellas vinculadas a la inconveniencia de aplicar penas privativas de libertad de corta duración y a la situación familiar y social de la encausada, en las que se basó el voto de la minoría) no justifican apartarse de la aplicación que la recordada regla hicieran los señores jueces del mérito, basados en fundamentos razonables y suficientes.

Por todo ello, cabe también el rechazo del recurso en este punto.

V. En cuanto a la pena de decomiso que se aplicó en la sentencia, dos son los agravios con los que se pretende objetar su corrección sustantiva (pues por esa vía están presentados): a) que resulta inaplicable, pues el artículo 23 del Código Penal la

dispone sobre los efectos provenientes de un delito y el objeto del artículo 268.2 del mismo ordenamiento es únicamente un patrimonio injustificado; b) que erróneamente, su imposición en la sentencia ha sido expresada en dólares.

El primer argumento no circula, como pretende la Defensa, alrededor de una diferencia sutil derivada de la correcta exégesis de las normas involucradas, que por otra parte no se realiza en la presentación en examen, sino únicamente en una dogmática afirmación carente de asidero legal. Para un tipo penal que castiga un enriquecimiento patrimonial que no encuentra justificación en los ingresos registrados de un funcionario público, el monto dinerario que constituye ese incremento es el resultado obtenido mediante el injusto (tal la definición de Zaffaroni de los *efectos* del artículo 23 del Código Penal), y ninguna relación debe conjeturarse respecto de su hipotético origen, máxime desde que la Sala está descartando expresamente el carácter residual que se le asigna a ese ilícito.

El reclamo restante ha sido bien rechazado por el primer votante en razón de las falencias que presenta la construcción motivacional del recurso impetrado, a las que debo agregar que la recurrente omite mencionar en su crítica, que los señores jueces de la anterior instancia, al fundamentar su decisión, precisaron que “corresponderá ajustar dichos importes de conformidad con las pautas legales que se dictaran a partir de la derogación de la ley de convertibilidad”.

VI. Por último, en cuanto a la solicitud obrante a fs. 6914/6917 vta., entiendo que únicamente corresponde recordar que el artículo 522 del Código Procesal Penal de la Nación regula que “cuando la sentencia importe decomiso de algún objeto, el tribunal le dará el destino que corresponda según su naturaleza”, y que la exégesis que se ha acordado respecto al sujeto de su orden fue que constituye una actividad “propia del tribunal que dictó la sentencia si su cumplimiento no ofreciere dificultades, o de la justicia civil si se suscitaban controversias” (ver Plenario Nro. 1 de esta Cámara “Maldonado”, voto de la doctora Catucci).

Encontrándose entre las facultades jurisdiccionales propias de los jueces de la sentencia, nada entonces puede este tribunal de alzada decidir a este respecto, debiendo los presentantes ocurrir ante esa instancia en su oportunidad, si lo estimaren conveniente o necesario.

Por ello, en mérito del acuerdo que antecede, el Tribunal

RESUELVE:

I. NO HACER LUGAR a los recursos de casación e inconstitucionalidad interpuestos a fs. 6823/6846 vta., por la señora Defensora Pública Oficial, doctora Pamela BISSERIER, asistiendo a María Julia ALSOGARAY, con costas (arts. 530 y 531 del C.P.P.N.).

II. DECLARAR la constitucionalidad del art. 268 (2) del Código Penal -ley 16.648- (art. 475, segundo párrafo, del C.P.P.N.).

III. TENER PRESENTE la reserva del caso federal efectuada por la parte recurrente.

Regístrese, notifíquese y, oportunamente, remítase la causa al Tribunal Oral en lo Criminal Federal Nro. 4 de la Capital Federal, sirviendo la presente de muy atenta nota de envío.

GUSTAVO M. HORNOS

PEDRO R. DAVID

AMELIA L. BERRAZ DE VIDAL

Ante mí:

DANIEL ENRIQUE MADRID

Secretario de Cámara