

Procuración General de la Nación

S u p r e m a C o r t e :

-I-

El Tribunal Oral en lo Criminal Federal n° 4, por mayoría, condenó a María Julia Alsogaray a la pena de tres años de prisión e inhabilitación absoluta por seis años, por considerarla autora del delito de enriquecimiento ilícito previsto en el artículo 268 (2) del Código Penal -ley 16.648-. También ordenó el decomiso de los efectos provenientes del delito por las sumas de quinientos mil dólares y seiscientos veintidós mil pesos (fs. 6727/93). Contra ese fallo, la defensa pública de la nombrada interpuso recursos de casación e inconstitucionalidad, que fueron concedidos (fs. 6823/46 y 6861/3).

Al tomar intervención la Sala IV de la Cámara Nacional de Casación Penal, luego de la sustanciación del trámite respectivo, decidió no hacer lugar a esas impugnaciones y declarar la constitucionalidad del artículo 268 (2) del Código Penal -ley 16.648- (fs. 6967/7012).

Frente a esa resolución, la condenada dedujo in pauperis el remedio federal previsto en el artículo 14 de la ley 48 (fs. 7014) y su asistencia letrada oficial lo dotó de fundamentos en el escrito de fojas 7018/82. El tribunal a quo concedió esa apelación sólo respecto del agravio referido a la validez constitucional del citado artículo del Código Penal, pues la declaró inadmisibile en cuanto a la causal de arbitrariedad (ver fs. 7086/88).

Cabe agregar que bajo esta última tacha se había objetado el criterio restrictivo del a quo para abordar el tratamiento de los agravios referidos a cuestiones de hecho y prueba que fueron analizadas en la sentencia del tribunal oral, cuya valoración debió determinar -según la recurrente- la aplicación del principio in dubio pro reo; y también a la

interpretación del artículo 23 del Código Penal. Asimismo, se criticó lo resuelto sobre el recurso de inconstitucionalidad de la ley "S" 18.302, cuyo régimen invocó la enjuiciada para justificar ingresos.

En su posterior presentación de fojas 7103/5, la defensa oficial manifestó ante el a quo que al haberse concedido el único recurso interpuesto contra una única sentencia definitiva, la inadmisibilidad parcial y el fraccionamiento de los agravios no impiden que V.E. conozca y decida en cuanto a la totalidad del planteo. De ese modo, consideró innecesaria la mera formalidad de acudir en queja por los "argumentos recursivos" que fueron descartados, pues se trata de una "absurda exigencia sacramental" que no sólo es contraria al artículo 2° del Código Procesal Penal de la Nación, sino que a la vez generaría un indebido desgaste jurisdiccional ante la apertura de un expediente "paralelo" con el mismo contenido. Por lo tanto, mantuvo íntegramente la voluntad recursiva y solicitó a la Corte que al resolver atienda la totalidad de los agravios.

-II-

Con arreglo a la doctrina de Fallos: 326:1778; 327:3140 y 4200; 328:240, 456 y 1766, entre muchos otros, la falta de interposición de la queja por denegación del recurso extraordinario fundado en la causal de arbitrariedad, impide considerar los agravios planteados con sustento en ese supuesto vicio de la sentencia apelada, pues la jurisdicción de la Corte ha quedado abierta en la medida en que la ha otorgado el tribunal a quo.

Este criterio, según lo veo, no alcanza a conmovirse por lo expresado en el escrito de fojas 7103/5, máxime cuando la deliberada actitud asumida por la defensa exhibe pleno conocimiento de aquella doctrina y de sus posibles efectos en

Procuración General de la Nación

el sub lite (conf. Fallos: 324:3632, considerando 7° de la disidencia de los doctores Petracchi, Boggiano y Bossert).

Asimismo, toda vez que el "hecho nuevo" introducido por María Julia Alsogaray en su posterior escrito del 15 de febrero de 2006, se relaciona con las consideraciones efectuadas por la Cámara Criminal y Correccional Federal al dictar el interlocutorio cuya fotocopia allí acompañó, respecto de materias vinculadas con la ley "S" 18.302, en virtud de lo recién enunciado entiendo que se trata de un aspecto que también ha quedado fuera de la jurisdicción de V.E.

Corresponde ceñirse, entonces, a la objeción acerca de la validez constitucional del artículo 268 (2) del Código Penal.

-III-

Al abordar ese cometido, advierto que diversas circunstancias obstan al planteo de la defensa.

En primer lugar, porque los agravios de la recurrente importan una reiteración de los expresados contra el fallo del tribunal de juicio, los cuales fueron suficientemente analizados por el a quo, que finalmente concluyó en la constitucionalidad de la norma. Cabe recordar que la mera reedición de los planteos introducidos en las instancias anteriores, no suple la crítica concreta y razonada que requiere el remedio federal (Fallos: 315:59; 317:373 y 442; 318:2266, entre otros).

En efecto, tal como lo hizo en el incidente respectivo, al igual que durante el debate y en los recursos contra la sentencia de mérito, una vez más la defensa cuestiona ante V.E. la validez del artículo 268 (2) del Código Penal con sustento, sintéticamente, en lo siguiente:

A. Que la indeterminación de su estructura objetiva afecta el principio de legalidad, pues al no definirse el

verbo típico se han provocado interpretaciones contradictorias sobre la conducta prohibida, con la finalidad de legitimar el precepto legal: enriquecerse ilícitamente en perjuicio de la administración pública (delito de comisión), o no justificar el origen del crecimiento patrimonial apreciable (delito de omisión).

Esa circunstancia, afirmó, repercutió en el adecuado ejercicio del derecho de defensa en juicio dado que debió acudir a una doble argumentación, pues mientras el fiscal entendió en su alegato que se trataba de un delito de omisión, el tribunal concluyó que lo era de comisión, lo cual también comprometió el principio de congruencia. Inclusive sostuvo que en aplicación del precedente "Quiroga" (Fallos: 327:5863), los jueces estaban impedidos de apartarse del criterio de la parte acusadora.

Agregó en similar sentido, que las expresiones "debidamente requerido" y "no justificare la procedencia de un enriquecimiento patrimonial apreciable", dificultan la determinación del tipo penal desde que no existen pautas sobre cómo requerir, ni en cuanto a qué es lo que debe evaluarse para considerar si el incremento es apreciable o no lo es, o si la justificación resulta eficaz.

B. Por otro lado señaló que la norma vulnera el principio de inocencia, pues parte de una presunción de culpabilidad, el "enriquecimiento patrimonial apreciable" del funcionario o persona interpuesta que, per se, no es susceptible de reproche penal, e invierte la carga de la prueba al penar la no justificación. De este modo, también afecta la garantía constitucional contra la autoincriminación.

C. Como consecuencia de lo hasta aquí reseñado, la defensa alegó que el precepto consagra una desigualdad al someter al funcionario público, por su sola condición de tal,

Procuración General de la Nación

a un sistema de menor protección que el resto de los individuos. Añadió que el loable propósito de transparencia en la función pública no puede dejar de lado un conjunto de garantías irrenunciables, pues ello importaría una suerte de "fuero personal a la inversa".

D. Por último, habida cuenta que, a su criterio, el delito recién se consuma cuando luego de ser debidamente requerido, el funcionario no justifica la procedencia del enriquecimiento, sostuvo que en aplicación de los artículos 18 y 19 de la Constitución Nacional, la investigación de un supuesto delito debe ser posterior al hecho. En virtud de ello, afirmó la recurrente que por su carácter definitorio de la consumación del delito, el requerimiento no puede operar dentro del proceso penal, pues importaría provocar el inicio de actuaciones antes de que exista el presunto ilícito.

A ello añadió que al no preverse un límite temporal que condicione la posibilidad de efectuar tal requerimiento, pareciera que el autor queda permanente e indefinidamente expuesto a que, por su sólo paso por la función pública, se lo requiera e investigue durante su desempeño y hasta dos años después de haber cesado, lo cual consagra un tipo de "encubierta e inaceptable imprescriptibilidad".

-IV-

Efectuada la reseña precedente debo mencionar que de fojas 6976 vta./86 de los autos principales -primer voto de la sentencia impugnada- surge que al sostener la validez constitucional del artículo 268 (2) del Código Penal, el a quo juzgó, en primer término, que una declaración como la pretendida por la defensa debe atender al criterio de excepcionalidad que rige en esa materia, tal como lo ha señalado la doctrina de V.E. en la que basó su postura adversa. En ese sentido, recordó que aquélla procede sólo cuando no exista la

posibilidad de otorgar a la norma una interpretación que se compadezca con los principios y garantías de la Constitución Nacional.

Si bien reconoció que el texto de la norma es defectuoso, a partir de aquella premisa el a quo consideró, en síntesis, que el bien jurídico tutelado es el interés público por la transparencia y probidad en el desempeño de los funcionarios, y que se lo lesiona mediante el enriquecimiento apreciable e injustificado del agente público durante la vigencia de la relación funcional, lo cual constituye la acción típica.

En esa inteligencia, afirmó que sin perjuicio de las condiciones del "debido requerimiento" y "no justificación" por parte del funcionario, la esencia del tipo penal radica en el enriquecimiento patrimonial apreciable e injustificado. En cuanto al adjetivo "apreciable" dijo, con sustento en el Proyecto de 1941, que por tal debe entenderse aquel que "resulta considerable con relación a la situación económica del agente al 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". En similar sentido, invocó el artículo IX de la Convención Interamericana contra la Corrupción, que al calificar el incremento penalmente relevante alude al "significativo exceso respecto de sus ingresos legítimos". Añadió que además debe carecer de justificación, es decir, que no puede tener origen en una fuente legitimante compatible con el desempeño en el cargo.

Precisó que esa falta de justificación no es la que proviene del funcionario cuando es requerido, sino la que resulta de la comprobación, con base en las pruebas colectadas en el juicio, de que no encuentra sustento objetivo en los ingresos registrados del agente. Por lo tanto, no se castiga

Procuración General de la Nación

en virtud 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, quehacer que se vincula con los delitos de acción. En esa inteligencia, corresponde que el Estado, previo al requerimiento, acredite ese extremo de la imputación, es decir, que el incremento no puede provenir de los haberes u otras fuentes lícitas de ingresos.

A resultas de lo anterior, desestimó que se trate de un delito de omisión, pues aun cuando el funcionario no responda al ser requerido, si el crecimiento patrimonial apreciable es justificado por otros medios, sea por terceros o por la prueba reunida, no habría afectación al bien jurídico.

De adverso a la postura de la recurrente, el a quo interpretó que 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 y tienen como objetivo asegurar al funcionario el conocimiento de la imputación y la posibilidad de acreditar el origen lícito del incremento patrimonial apreciable e injustificado que, en principio, se le enrostra. Asimismo, se observa de ese modo la garantía del debido proceso que aseguran el artículo 18 de la Constitución Nacional y los instrumentos de derechos humanos a ella incorporados.

En virtud de lo expuesto, consideró que esos recaudos no pueden interpretarse como una exigencia de actividad probatoria dirigida al autor ni como elementos constitutivos del delito, pues la injustificación imputada al funcionario como inherente al incremento patrimonial es previa tanto al requerimiento como al comienzo del proceso penal, cuyo inicio no busca provocar la comisión del delito.

Descartó, asimismo, que se trate de una figura de

"infracción al deber", pues ello no explicaría la sanción a la persona interpuesta para "simular el enriquecimiento", a la vez que así reforzó la interpretación en cuanto a que lo que se reprime no es aquella infracción, pues si quien debe hacerlo es exclusivamente el autor, no se advierte cómo el tercero interpuesto puede participar en esa omisión.

Frente a la objeción sobre el "debido requerimiento", apuntó el a quo -más allá de considerar que la defensa no demostró que lo actuado en ese sentido le haya causado algún perjuicio- que corresponde efectuarlo luego de haberse comprobado prima facie el enriquecimiento que reúna las características ya aludidas, y en cuanto al modo, dijo que debe consistir en un acto de autoridad pública por el cual se hace saber al funcionario o ex funcionario aquella situación con el mayor detalle, para que pueda explicar, si lo desea, su origen legítimo, ofrecer prueba y ejercer su derecho de defensa.

Con respecto a quién debe efectuarlo, además de considerar infundado el agravio, coincidió con el tribunal de mérito en que era improcedente la objeción sobre que no debía ser la autoridad judicial, desde que en el sub júdice había requerido el Ministerio Público Fiscal y la defensa no expuso las normas que lo impedían. Sin perjuicio de ello añadió que, además de ser el órgano jurisdiccional el que en definitiva valora el fondo del asunto, al intervenir diferentes representantes del Ministerio Público en la etapa de instrucción y en la de debate, el juicio de valor del primero no influye sobre el segundo; mientras que en virtud de las funciones que el artículo 120 de la Constitución Nacional encomienda a esa institución, ese procedimiento se había ajustado al adverbio "debidamente" previsto en el tipo legal.

Acerca del tiempo durante el cual debe procederse a ello, a partir de interpretar el tipo penal como delito de

Procuración General de la Nación

comisión desestimó que pudiera tratarse de una suerte de figura imprescriptible, como había alegado la defensa, sino que aquél debe efectuarse una vez advertido y comprobado prima facie el enriquecimiento apreciable e injustificado y dentro del plazo de la prescripción de la acción penal, tal como lo había considerado el tribunal de juicio y sin que la defensa, a criterio del a quo, hubiera alcanzado a refutarlo. Añadió en este sentido, que de lo actuado en el proceso y de los agravios así planteados, tampoco se advertía que la enjuiciada hubiera sufrido algún perjuicio relacionado con la vigencia de la acción.

Con relación a la inversión de la carga de la prueba alegada, concluyó que al corresponder exclusivamente al órgano jurisdiccional y al Ministerio Público la demostración previa del incremento patrimonial de aquéllas características, la oportunidad de explicar que brinda el requerimiento importa una garantía en favor del funcionario; y la falta de justificación o su insuficiencia no permiten sostener que exista presunción de culpabilidad, pues ello no se valora negativamente por imperio del artículo 18 de la Ley Fundamental que asegura no sólo el derecho de negarse a declarar, sino también el de defensa en juicio, en cuya virtud el sospechado puede optar por probar o nó la licitud de su enriquecimiento.

A esas consideraciones agregó que la interpretación efectuada armoniza con el artículo 36 de la Constitución Nacional, en cuanto postula la erradicación de la corrupción en la administración pública, y con el artículo IX de la Convención Interamericana contra la Corrupción, desde que esa razonable inteligencia de la figura penal asegura la vigencia de los principios constitucionales del derecho penal.

A su tiempo, los otros dos magistrados del tribunal a quo adhirieron al criterio reseñado y sumaron argumentos en

el mismo sentido. Además de hacer referencia a la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, cuyo artículo 20 también prevé adoptar medidas para tipificar como delito el enriquecimiento ilícito, en el segundo voto (fs. 6999 vta./7009) se sostuvo en cuanto al control de constitucionalidad restrictivo que "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 aquéllos cuyo patrimonio no se corresponde con sus ingresos legítimos, en el contexto de un proceso justo ...". Con invocación de precedentes de V.E. agregó que "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...".

Asimismo, hizo referencia a interpretaciones en el ámbito de la Convención Europea de Derechos Humanos que, en principio, admiten las presunciones si el acusado cuenta con la posibilidad de desvirtuarlas; y en cuanto reconocen que la evidencia de cargo requiere una explicación que aquél está obligado a otorgar y cuya falta "puede llevar desde el sentido común a generar la inferencia de que no hay explicaciones y que el acusado es culpable".

Por último, evocó en sentido análogo la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Drogas y el Abuso de Estupefacientes, aprobada por ley 24.072, cuyo

Procuración General de la Nación

artículo 5.7 establece la reversibilidad del onus probandi.

-V-

He creído necesario, aun en detrimento de la brevedad, efectuar el detalle que antecede, pues permite advertir la insuficiente fundamentación mencionada al comienzo del apartado III. En efecto, de tal modo se aprecia que los agravios constitucionales de la recurrente se apoyan sobre su interpretación del artículo 268 (2) del Código Penal como figura de omisión, que reitera en esta instancia (ver en especial fs. 7058 y fs. 4 del incidente de nulidad que corre por cuerda, donde expresamente se enroló en ese punto de vista), mientras que la sentencia impugnada, tras considerar las diversas cuestiones introducidas, concluyó, con razonable sustento, que se trata de un delito de comisión.

Repárese en que ya la propia defensa se anticipó a reconocer, al igual que el a quo y el tribunal de mérito, la controversia que a partir de su incorporación al Código Penal mediante la ley 16.648 (año 1964) se ha suscitado en torno a su validez constitucional por motivos que coinciden con los que acaban de reseñarse. Esta circunstancia permite afirmar, a esta altura de la discusión, que respecto de la inteligencia de aquel precepto de derecho común, tanto la doctrina como los precedentes en que, respectivamente, se han basado la apelación y la sentencia, se han expedido con argumentos en uno y otro sentido.

Ello sin perjuicio de destacar que no obstante ese debate, el tipo no sólo ha mantenido su vigencia y ha sido aplicado desde entonces, sino que mediante la Ley de Ética de la Función Pública n° 25.188 (año 1999) se le introdujeron modificaciones que no alteraron su estructura, e inclusive su redacción actual -reformada únicamente en cuanto a la pena de inhabilitación- ha sido reproducida en el artículo 311 (pá-

rrafos 2°, 3° y 4°) del texto final del anteproyecto presentado el 18 de mayo de 2006 por la "Comisión para la elaboración del proyecto de ley de reforma y actualización integral del Código Penal", constituida en el ámbito del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación (resoluciones n° 303/04 y 136/05).

En tales condiciones, corresponde señalar que aun cuando la esmerada asistencia técnica de la acusada introdujo la cuestión federal en los términos descriptos en el apartado III supra, y con tal alcance se concedió el recurso, en rigor el planteo reedita su discrepancia sobre la inteligencia de una norma que, en principio, resulta de derecho común, como es el artículo 268 (2) del Código Penal.

Es oportuno recordar aquí que discusiones de ese tenor son extrañas a la jurisdicción extraordinaria de V.E. (Fallos: 315:1920 y 316:948, entre muchos otros).

No desconozco, por cierto, que la Corte ha resuelto reiteradamente que el carácter de una ley no impide que parte de ella pueda ser interpretada como de una naturaleza diferente (Fallos: 183:49; 267:199, considerando 2°; 311:2571 y 315:319, considerando 4°, entre otros). Sin embargo, aun cuando, por sus particularidades, pudiera entenderse que aquella norma penal comprenda aspectos federales atento los términos del artículo 36 de la Constitución Nacional y de las Convenciones Interamericana y de las Naciones Unidas contra la Corrupción (aprobadas por leyes 24.759 y 26.097, respectivamente), lo hasta aquí expuesto sumado a lo que a continuación se agregará, indica que las características del sub lite impiden a V.E. ingresar al examen de los agravios que, bajo el amparo constitucional, ha planteado la defensa.

Así lo interpreto desde que la existencia de efec-

Procuración General de la Nación

tivo gravamen que afecte a quien deduce la apelación federal, constituye uno de los recaudos jurisdiccionales cuya previa comprobación condiciona la admisibilidad del recurso y compete a la Corte Suprema su verificación, aun de oficio en virtud del orden público involucrado (Fallos: 256:327; 267:499; 303:1852; 315:2125; 326:4149, voto del doctor Belluscio; 328:4445).

-VI-

Es que al margen de las razones hasta aquí consideradas, concurren en el sub júdice otras que también conducen a la inadmisibilidad del remedio extraordinario, especialmente a partir de la conducta procesal asumida por la propia enjuiciada a lo largo del trámite de la causa.

Si bien desde el primer intento de introducir un delito como el que aquí se cuestiona -año 1936, proyecto Corominas Segura- es conocida la discusión, aun hoy vigente, en cuanto a si por haber ingresado a la administración pública puede pesar sobre el funcionario una suerte de renuncia implícita a ciertas garantías constitucionales (conf. Sancinetti, Marcelo, "El delito de enriquecimiento ilícito de funcionario público...", Editorial Ad Hoc, 2ª edición, Buenos Aires, 2000, pág. 23/4, donde el autor refuta lo afirmado por Rafael Bielsa en ese sentido), en el sub lite no es necesario ingresar a tal análisis, en atención a que durante el trámite del proceso existieron numerosas intervenciones de la acusada y su defensa que permiten afirmar que los planteos introducidos posteriormente no resultan susceptibles de ser tutelados por la vía del artículo 14 de la ley 48, pues han quedado afectados por las consecuencias de su anterior conducta discrecional (Fallos: 307:635 y sus citas; 308:1175; 310:884 y 2435, disidencia de los doctores Caballero y Belluscio y sus citas, entre otros).

En efecto, ello puede apreciarse de las siguientes constancias:

1°) A fojas 553, se presentó por derecho propio en razón de haber tomado conocimiento de la existencia de esta causa, constituyó domicilio, designó letrados de su confianza para que la asistieran y solicitó acceder al expediente y extraer fotocopias para ejercer los derechos que le acuerdan los artículos 73 y 279 del Código Procesal Penal, para "aclarar los hechos y sugerir las diligencias que pudieran ser útiles" a tal fin. Esa petición fue proveída de conformidad (fs. 554).

2°) A fojas 589/97 formalizó su presentación en esos términos junto con sus defensores particulares. Luego de puntualizar que el artículo 268 habla del funcionario que "debidamente requerido no lograre justificar", sostuvo que la hipótesis delictiva nace luego del requerimiento y la ausencia de justificación, por lo que dijo que la investigación no debía realizarse "in audita parte" (sic) sino que por el contrario, como "condición de procedibilidad y a fin de determinar si puede seguirse adelante con una investigación, debe requerirse al funcionario que explique el supuesto enriquecimiento que pudiere existir. Sin ese paso previo se verifica sólo una parte del supuesto de hecho típico, pero ello no es suficiente para habilitar una investigación. Porque el tipo subjetivo objeto de la acción penal no es el crecimiento patrimonial, sino la no justificación de ese supuesto enriquecimiento". Después de efectuar algunas consideraciones sobre los antecedentes de la causa, su situación impositiva y su evolución patrimonial, María Julia Alsogaray solicitó que se tuviera presente que se encontraba "a disposición del tribunal para cualquier requerimiento particular que se pudiere efectuar", lo que el juez tuvo presente (fs. 598).

Procuración General de la Nación

3°) A fojas 950, en oportunidad de pedir prórroga para contestar el requerimiento que, a instancia del Ministerio Público, fue ordenado por el tribunal (ver fs. 901/39 y 940), su letrado expresó que "esta parte contestará satisfactoriamente a los cuestionamientos planteados por los representantes del Ministerio Público".

4°) A fojas 959/67, la nombrada se presentó por derecho propio con el patrocinio de sus defensores particulares, contestó el requerimiento sin formular reparos constitucionales y solicitó que se practique una pericia contable como "única forma de determinar si la justificación... explicitada es la correcta", pues "sólo un experto en la materia podrá establecer si el desarrollo contable expuesto es correcto y, fundamentalmente, si existe de mi parte un enriquecimiento no justificado". Pidió expresamente que se tuviera "por contestado el requerimiento formulado por el Ministerio Público Fiscal, en los términos del art. 268 del Código Penal".

Para ese estudio técnico, que fue ordenado a fojas 968, como así también para el ampliatorio dispuesto a fojas 2780/84, sus letrados propusieron perito de parte a fojas 975, 1619/21 y 2805, quien aceptó el cargo a fojas 1658.

5°) A fojas 992/98, en una nueva presentación de sus defensores con motivo del recurso de reposición interpuesto por los fiscales contra el auto de fojas 968, no se objetó la figura penal aplicable.

6°) A fojas 1138/41, sus abogados aportaron documentación, propusieron nuevos puntos periciales y, en lo que aquí interesa, expresaron que "la investigación sobre la existencia del tipo del art. 268 (2) del Código Penal debe hacerse, tal como la viene practicando V.S., en consonancia

con los principios generales del derecho penal y los presupuestos especiales de la figura, para lo cual no sólo se cuenta con los frondosos antecedentes doctrinarios y jurisprudenciales sino además, a partir de la firma de la Convención Interamericana contra la Corrupción... y la posterior ratificación de nuestro país..., con las prescripciones de este Tratado Internacional (que se refiere al enriquecimiento ilícito en su art. IX). La razonable justificación de la situación patrimonial de nuestra asistida ha quedado demostrada" (ver fs. 1140).

7°) A fojas 1835/8, en ocasión de solicitar el sobreseimiento de su defendida luego de agregarse el peritaje contable ordenado, los letrados pusieron de relieve que para la configuración del tipo penal en cuestión es imperioso invertir la carga de la prueba y que los resultados de la labor instructoria fueron posibles "por el sometimiento y disposición de quien resulta imputada...". No obstante, con invocación de calificada doctrina, dejaron a salvo su "posición dogmática" en contra de la validez constitucional del artículo 268 (2) del Código Penal. Aquel pedido remisorio se fundó en que el estudio pericial permitía considerar "totalmente justificado" el incremento patrimonial de la imputada.

8°) A fojas 2411/6, la defensa contestó el segundo requerimiento de justificación de bienes que se cursó a su asistida. Luego de cumplir con ese cometido específico, al cuestionar el "rumbo" del sumario por haberse ordenado nuevas medidas probatorias, añadió que "habida cuenta de las particulares -y de dudosa constitucionalidad- características del tipo penal aplicable al caso, cualquier novedad que V.S. estime de relevancia para la investigación deberá ser necesariamente requerida a esta parte..." (ver fs. 2415 vta.). No obstante esa nueva salvedad, también solicitó que se tuviera

Procuración General de la Nación

por contestado el requerimiento de justificación formulado por el Ministerio Público Fiscal en los términos del artículo 268 del Código Penal y volvió a pedir el sobreseimiento.

9°) A fojas 3451/63 y 3469/76, al prestar declaración indagatoria María Julia Alsogaray con la asistencia de sus defensores particulares, tampoco planteó objeción alguna en cuanto al tipo penal imputado. Cabe destacar que al ser intimada del hecho atribuido se le hizo saber que consistía en "haberse verificado un apreciable incremento patrimonial a partir del año 1991 y durante su desempeño en la función pública, y que al serle requerida la explicación sobre el origen de dicho incremento (ver fs. 901/39 y 1691/95), procuró justificarlo, declarando diversos ingresos de significancia, y aportando, en algunos casos, documentación respaldatoria presumiblemente falsa o generando al efecto instrumentos que no reflejarían la verdad. Que asimismo de las constancias colectadas en la presente causa, surge prima facie que los ingresos declarados para justificar su incremento patrimonial, no encuentran su origen en la forma descripta por la compareciente en las diversas presentaciones realizadas". También se le hizo saber que su negativa a declarar, o su silencio, no implicaba presunción alguna en su contra.

Antes de finalizar la audiencia, la imputada expresó su deseo para que "el Tribunal utilizara esta oportunidad en el marco de lo que constituye su principal forma de defensa para no dejar de realizar ninguna pregunta que le permita ejercer correctamente esa defensa" y reiteró que, a su criterio, el incremento de su patrimonio estaba razonablemente justificado y no existía prueba alguna de su origen ilícito.

10) A fojas 3488/90 sus letrados se presentaron nuevamente y, sin perjuicio de considerar que con las respuestas a los requerimientos, las pericias contables y las

demás pruebas colectadas había cesado el estado de sospecha, propusieron diligencias en ejercicio del derecho de defensa en juicio, "máxime en un proceso de las características del presente, en el que, a los fines de la justificación de un presunto incremento patrimonial apreciable, se invierte la carga de la prueba".

11) A fojas 3828/31, al impugnar el auto de procesamiento de fojas 3775/3821, la defensa expuso sus agravios y señaló "todo ello sin poner de relieve una temática totalmente ausente en el auto apelado: el delito que se atribuye agrede concretas garantías constitucionales como el principio de legalidad, el de presunción de inocencia y el de que nadie está obligado a declarar en contra de sí mismo".

En el memorial presentado ante la Cámara en lo Criminal y Correccional Federal, además de la insuficiencia probatoria, se planteó de modo subsidiario la inconstitucionalidad del artículo 268 (2) del Código Penal (ver fs. 129 vta. y 132/vta. del incidente respectivo). Al recurrir en casación la sentencia confirmatoria de segunda instancia, ese orden de peticiones fue invertido, pues -ya con intervención de la defensa pública- lo primero que se propuso fue la invalidez de la norma (ver fs. 248 vta./49 ídem). El remedio federal luego intentado, circunscripto a una cuestión accesoria al auto de procesamiento (fs. 271/90), fue desestimado por V.E. (expte. A 1441/38, resuelto el 11 de diciembre de 2003 -ver fs. 301-, publicado en Fallos: 326:4806).

Dejo constancia que las actuaciones formadas a partir del recurso interpuesto contra dicha resolución, han sido compulsadas por este Ministerio Público luego de solicitarlas al Tribunal Oral en lo Criminal Federal n° 4, en cuya secretaría se hallaban reservadas.

12) A fojas 5563/70, después de haberse presentado a

Procuración General de la Nación

fojas 5553, la defensa oficial planteó la nulidad de actuaciones labradas por la fiscalía sin efectuar consideraciones en cuanto al tipo penal. Esta incidencia fue rechazada a fojas 5880/91.

13) A fojas 5842/51, al contestar la vista sobre el requerimiento fiscal de elevación a juicio, la asistencia pública de la acusada sostuvo la nulidad de las actuaciones y, entre otras cuestiones, también hizo referencia a la inconstitucionalidad de la figura penal aplicada.

14) Finalmente, la cuestión fue introducida por la defensa oficial de María Julia Alsogaray el 17 de octubre de 2003 en el "Incidente de nulidad, prescripción e inconstitucionalidad del artículo 268 (2) del Código Penal", que corre por cuerda, que fue rechazado por el tribunal oral el 7 de noviembre siguiente. Contra esa resolución se interpusieron recursos de casación e inconstitucionalidad, los que, queja mediante, fueron rechazados, al igual que la apelación federal intentada (expte. A 542/40, resuelto por V.E. el 24 de agosto de 2004 -ver fs. 6976 vta.-).

15) Cabe señalar, por último, que la figura de enriquecimiento ilícito tampoco fue objetada en los demás escritos y presentaciones durante el proceso. Ellos lucen a fojas 561, 604, 608, 622, 633, 946, 953, 977, 980, 981, 985, 988, 1100/01, 1172/3, 1237/8, 1247, 1546, 1547, 1550/2, 1584/7, 1603, 1618, 1639, 1730/4, 1773, 1873, 1930, 2017, 2081, 2322/9, 2332 y 2358/68 (estas tres últimas correspondientes al incidente de recusación de los representantes del Ministerio Público, donde se planteó la inconstitucionalidad del art. 61 del Código Procesal Penal), 2332, 2385, 2513, 2742, 2744, 2792, 2793, 2880, 2905, 3165, 3166, 3234, 3292, 3339, 3381, 3397, 3433, 3486, 3559/60, 3839, 3890, 4309, 4343, 4459, 4469, 4641, 5559, 5584, 5617, 5624, 5635, 5645, 5668,

5838/40, 5877 (presentado en el trámite del incidente aludido en el punto 12), 5992, 6005, 6039/44 (ofrecimiento de prueba y pedido de instrucción suplementaria), 6166, 6172, 6175, 6217, 6453, 6477, 6480, 6482/3, 6493, 6540, 6550, 6562 y 6586.

-VII-

La reseña anterior permite extraer dos conclusiones. En primer término, que -de adverso a lo afirmado por la recurrente a fojas 7019- la cuestión constitucional no fue "introducida y mantenida ininterrumpidamente desde las etapas tempranas del proceso". En segundo lugar, que a lo largo del trámite de la causa existieron dos actitudes de la imputada y su defensa, con efectos relevantes en cuanto a lo aquí planteado.

En lo referido a la oportunidad en que efectivamente fue introducida la cuestión federal y más allá de la inexactitud recién marcada, corresponde señalar que la objeción que habré de formular no se vincula con la ausencia de ese requisito temporal, pues el tratamiento de la inconstitucionalidad del artículo 268 (2) del Código Penal por parte de los jueces de la causa y, más aún, la falta de definitividad que V.E. señaló al expedirse el 24 de agosto de 2004 en el expediente A 542/40, supra citado, han saneado cualquier déficit que pudiera considerarse en tal sentido. Una vez más, entonces, es conveniente expresar que lo que entiendo relevante en orden a la admisibilidad actual del planteo guarda estricta relación con el recaudo de existencia de efectivo gravamen por parte de la apelante.

Con respecto a aquellas dos actitudes de la recurrente durante el curso del proceso, aprecio que inicialmente (puntos 1° al 10 de la reseña efectuada en el apartado VI), compareció espontáneamente y solicitó que, por así exigirlo por así exigirlo el artículo 268 (2) del Código Penal, se

Procuración General de la Nación

formule requerimiento de justificación, respondió en esos términos en dos oportunidades a pesar de haberlo pedido el Ministerio Público, aportó documentación (pues, se afirmó, se trata de un proceso donde "se invierte la carga de la prueba"), pidió medidas, propuso perito de parte, prestó declaración indagatoria (donde la compareciente solicitó al juez "no dejar de realizar ninguna pregunta"), consideró suficientemente justificado el incremento patrimonial y postuló en dos ocasiones el sobreseimiento. En este período, recién al plantear por primera vez el cierre del proceso, la defensa se limitó a dejar a salvo su "posición dogmática" en contra de la validez constitucional de esa figura.

La segunda etapa se advierte a partir del recurso contra el auto de procesamiento, donde la cuestión comenzó a cobrar mayor entidad, tal como se describió en los puntos 11 al 14. En lo esencial, el planteo que desde entonces se introdujo al respecto, reiterado en la audiencia de debate y en la impugnación a la sentencia de mérito, guarda identidad -como ya se mencionó- con lo que constituye materia de apelación federal.

Las consideraciones que anteceden, empero, permiten afirmar que más allá de la discusión reinante desde la incorporación del delito de enriquecimiento ilícito al Código Penal, en modo alguno puede sostenerse que en el sub júdice se hayan afectado las garantías constitucionales que invoca la recurrente en su impugnación.

En efecto, su indiscutible, espontánea y reiterada cooperación con la investigación, su pedido de ser requerida para justificar el incremento patrimonial, sus detalladas respuestas a esas solicitudes del Ministerio Público, la intervención del experto de su confianza en los estudios contables practicados y su amplitud al prestar declaración indaga-

toria, constituyen elementos que sin margen de duda descartan toda posibilidad de que María Julia Alsogaray se haya visto obligada a autoincriminarse; o que la estructura del tipo penal le haya impedido conocer el hecho imputado, afectado la presunción de inocencia o la vigencia de la acción penal; o que se haya perjudicado su derecho de defensa en juicio o la igualdad ante la ley (conf. agravios reseñados en el apartado III). Muy por el contrario, su intensa participación -al igual que la de sus letrados- desde los albores de la instrucción, concurre a desvirtuar lo esgrimido en ese sentido por la recurrente.

Por su vinculación con uno de los aspectos sustanciales de sus agravios, cabe recordar que es doctrina de V.E. que la prohibición de autoincriminación del artículo 18 de la Constitución Nacional impide compeler física o moralmente a una persona con el fin de obtener comunicaciones o expresiones que debieran provenir de su libre voluntad (conf. Fallos: 326:3758, disidencia parcial del doctor Maqueda, considerando 15, y sus citas de pág. 3829), hipótesis que contrasta con la del sub júdice, donde no se advierte -ni ha sido invocado- ningún vicio en la voluntad de la enjuiciada tanto al prestar declaración indagatoria, cuanto en sus demás intervenciones en el proceso.

En similar sentido, al interpretar el artículo 8.3 del Pacto de San José de Costa Rica, que establece que "la confesión del inculpado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza", la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha juzgado que aun cuando al declarar ante el juez el imputado haya sido exhortado a decir la verdad, no debe considerarse violación a esa norma si no hay constancia de que esa exhortación implicara amenaza de pena u otra consecuencia jurídica adversa para el caso en que el exhortado

Procuración General de la Nación

faltara a la verdad, o de que se le hubiese requerido rendir juramento o formular promesa de decir la verdad, pues lo que ese precepto privilegia es el principio de libertad para declarar o abstenerse de hacerlo (caso "Castillo Petruzzi y otros vs. Perú", sentencia del 30 de mayo de 1999, Serie C n° 52, párrafos 167 y 168).

En consonancia con ello, el Alto Tribunal ha resuelto que diligencias practicadas en aquellas condiciones son insusceptibles de reparos constitucionales (conf. Fallos: 281:177 y 306:1752 -voto concurrente del doctor Petracchi- a contrario sensu; 310:2384, voto de los doctores Petracchi y Bacqué; 311:340 y 345; 313:1305; 315:1505; 316:2464; 318:1476; 324:3764 y sus citas) y, por lo tanto, resultan evidencia útil para fundar una sentencia judicial.

Asimismo, es oportuno señalar que inclusive al momento de alegar, como ya lo había hecho durante la instrucción, la defensa ponderó válidamente las justificaciones presentadas por su asistida e insistió en que ellas, el resultado de los peritajes contables y la prueba producida durante el debate, permitían concluir que "todo está justificado" (ver fs. 6715 vta.). Esta actitud también concurre a desvirtuar lo planteado, más aún si se tiene en cuenta que, en consonancia con esa petición, tanto el fiscal como el tribunal de mérito valoraron esas pruebas para considerar justificado el enriquecimiento respecto de algunas de las "causales fácticas" imputadas (ver fs. 6765 vta./66, 6770 y 6780vta./82).

-VIII-

En cuanto a la alegada afectación de los principios de congruencia y ne procedat iudex ex officio ante la diversa interpretación de la figura penal efectuada en el alegato del fiscal y en la sentencia del tribunal oral federal, es evidente que esa discrepancia resultó incapaz de comprometerlos

pues, por un lado, fue consecuencia de la incuestionable vigencia de la máxima *iura novit curia* y, por el otro, el voto mayoritario del fallo respetó los hechos que fueron motivo de la acusación impulsada por el Ministerio Público, con la limitación a las tres "causales fácticas" a las que se la ciñó en la etapa final del debate, una de las cuales no fue incluida en la condena por juzgársela justificada (conf. foliatura recién citada). Esta circunstancia descarta de plano la atingencia del precedente "Quiroga" (Fallos: 327:5863) que se ha invocado en la apelación.

Estimo pertinente añadir en punto al gravamen a la defensa en juicio por haber tenido que acudir a una doble argumentación "con serio menoscabo para su efectividad y reales posibilidades de imposición" (conf. fs. 7057 del principal) que, en mi opinión, carece, además, de la debida fundamentación no sólo por haber omitido precisar de qué defensas se vio privada y su eventual incidencia en el resultado del pleito (Fallos: 302:1626; 304:1497; 305:1140 entre otros), sino porque del acta de debate surge que al momento de alegar y pedir la absolución, la defensa -aun cuando aludió a esa dificultad a fojas 6710 vta./11- planteó la inconstitucionalidad de la figura penal con remisión a los términos expuestos en el incidente respectivo, que había sido incorporado al debate por lectura (ver fs. 6672 vta., 6712 vta. y 6716) e incluso afirmó que "sea cual fuere la interpretación del artículo 268 imputado a Alsogaray, ningún defecto en la redacción legislativa puede excluir el beneficio de la duda..." (ver fs. 6715 vta./6716).

Cabe recordar a *fortiori* que en dicho incidente, reseñado en el punto 14 del apartado VI, la recurrente interpretó el artículo 268 (2) del Código Penal del mismo modo que en la actual apelación federal, y que la resolución del tri-

Procuración General de la Nación

bunal oral -que, a su tiempo, también fue impugnada- había rechazado la cuestión con similares fundamentos que los invocados en la sentencia definitiva. Estas constancias tornan concluyente el temperamento adverso anticipado, pues permiten advertir que tampoco en este aspecto ha existido el gravamen argüido.

-IX-

A todo lo dicho cabe agregar, según lo veo, que el planteo de invalidez del artículo 268 (2) del Código Penal ha partido de las conocidas objeciones que formula un sector de la doctrina y la jurisprudencia, pero en modo alguno se lo ha vinculado con las constancias de la causa reseñadas en los apartados VI y VIII -aun cuando ellas fueron descriptas en el capítulo IV del recurso- lo cual determina la insuficiente observancia del recaudo que exige el artículo 15 de la ley 48.

En este sentido, es criterio de V.E. que la adecuada fundamentación del recurso extraordinario requiere que el agravio se encuentre correctamente relacionado con las circunstancias del juicio (conf. Fallos: 308:2263; 311:2619; 314:481; 315:325), pues la mera aserción de determinada solución jurídica, en tanto ella no esté precedida por un relato autónomo de los antecedentes de la causa y de la relación entre éstos y la cuestión que se invoca como federal, no basta para satisfacer el recaudo legal de la debida fundamentación y conlleva la improcedencia formal del recurso (Fallos: 318:1593).

Claro que esta conclusión no se altera por el resultado adverso del proceso respecto de la enjuiciada, pues nadie puede ponerse en contradicción con sus propios actos ejerciendo una conducta incompatible con otra anterior, deliberada, jurídicamente relevante y plenamente eficaz (conf. Fallos: 307:1227 y 1602 y sus citas; 314:1459; 323:3765, entre

otros), máxime cuando ellos fueron producto de una determinada actitud procesal válidamente adoptada en su oportunidad (conf. Fallos: 324:3632, considerando 7° de la disidencia de los doctores Petracchi, Boggiano y Bossert, ya citado).

Este último temperamento coincide, en lo esencial, con el que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha aplicado al resolver el 29 de julio de 1988 en el caso "Velásquez Rodríguez vs. Honduras", Serie C n° 4, donde de conformidad con la doctrina de los actos propios sostuvo que "el mero hecho de que un recurso interno no produzca un resultado favorable al reclamante no demuestra, por sí sólo, la inexistencia o el agotamiento de todos los recursos internos eficaces, pues podría ocurrir, por ejemplo, que el reclamante no hubiera acudido oportunamente al procedimiento apropiado" (párrafo 67).

En estas condiciones, frente a la ausencia de agravio federal específico en cuanto a la aplicación del artículo 268 (2) del Código Penal, entiendo que no corresponde que V.E. se pronuncie al respecto (conf. Fallos: 323:3160, considerando 11) pues, acreditada como se encuentra la ausencia de gravamen efectivo, la pretensión de la recurrente implica solicitar que se emita una declaración general o un pronunciamiento abstracto sobre la norma penal aplicada, lo cual excede la competencia de la Corte (Fallos: 316:479 y sus citas del considerando 9°).

Lo hasta aquí afirmado adquiere mayor relevancia si se tiene en cuenta que el remedio intentado persigue la declaración de inconstitucionalidad de una norma, materia en la que rige criterio restrictivo por significar la última ratio del orden jurídico (Fallos: 307:531; 328:91 y 1416, entre muchos otros). Es oportuno recordar, como lo hizo el a quo, que se trata de un acto de suma gravedad que constituye una de

Procuración General de la Nación

las más delicadas funciones que puede encomendarse a un tribunal de justicia, y que sólo corresponde cuando una estricta necesidad lo requiera, en situaciones en las que la repugnancia con la cláusula constitucional sea manifiesta e indubitable, y no exista la posibilidad de una solución adecuada del juicio por otras razones que las constitucionales comprendidas en la causa (Fallos: 324:3219, considerando 10 del voto de la mayoría, y sus citas).

Sin pretender exceder el marco de este dictamen, es posible sostener a la luz de esa doctrina de V.E., que los fundamentos de la sentencia impugnada -que en lo sustancial coinciden con el criterio esbozado por esta Procuración General al dictaminar en el precedente publicado en Fallos: 326:4944- descartan, más allá de su acierto o error, que la inteligencia de la norma que propone la defensa sea la única admisible desde la óptica constitucional.

Finalmente, con respecto a la invocación de la excepcional doctrina de la gravedad institucional, también habré de proponer su desestimación desde que sólo faculta a la Corte a prescindir de ciertos requisitos formales, pero no a suplir la inexistencia de cuestión federal (Fallos: 318:2611, disidencia del doctor Fayt; 325:2534; 326:183, entre otros) y de las circunstancias examinadas a lo largo de este dictamen surge que tal requisito se encuentra ausente en la especie.

-X-

Por ello, opino que V.E. debe declarar improcedente el recurso extraordinario interpuesto.

Buenos Aires, 3 de octubre de 2007.

ES COPIA

ESTEBAN RIGHI