

Voces:

**DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACION PUBLICA ~ ENRIQUECIMIENTO ILICITO DE FUNCIONARIOS PUBLICOS ~ GARANTIAS CONSTITUCIONALES**

Tribunal: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, sala IV(CNCrimyCorrec)(SalaIV)

Fecha: 04/10/1999

Partes: Guglielminetti, Raúl A.

Publicado en: Sup. Penal2002 (abril), 31 - LA LEY2002-B, 712 - LA LEY2000-D, 781 - DJ2000-3, 134 - Sup. Penal 2002 (marzo) , 31, con nota de María Laura Martínez Vega;

Cita Online: AR/JUR/3592/1999

Sumarios:

1. La figura de enriquecimiento ilícito de funcionarios públicos no afecta garantía constitucional alguna.
2. El delito de enriquecimiento ilícito de funcionarios públicos proviene de la simple observación de grandes aumentos patrimoniales ocurridos tras pocos años de desempeño de un cargo.
3. Con el delito de enriquecimiento ilícito de funcionarios públicos se trata de prevenir conductas anormales que persigan el logro de aumentos patrimoniales prevaliéndose de la condición de funcionario público y se protege la imagen de transparencia, gratuidad y probidad de la administración que es el bien jurídico que se lesiona con la no justificación del patrimonio.
4. La administración pública no es estrictamente un bien jurídico. Su concepto gira en torno a intereses sociales e individuales respecto del desenvolvimiento de la función pública.
5. En los delitos contra la administración pública el Código Penal no menciona un bien jurídico sino de manera indirecta, siendo necesario especificar en cada caso el contenido tutelado por cada infracción.

Texto Completo:

2ª Instancia. - Buenos Aires, octubre 4 de 1999.

El doctor Barbarosch dijo:

El fallo obrante a fs. 1356/1389, en cuyo punto dispositivo I se resuelve absolver a Raúl A. Guglielminetti, del hecho delictivo que oportunamente le fuera achacado tanto por el fiscal como por el titular de la Fiscalía Nacional de Investigaciones Administrativas, sin costas, fue apelado por el primero a fs. 1390 y por el segundo a fs. 1395.

A fs. 1409/1411, el fiscal general solicitó se revoque lo resuelve en la sentencia en crisis y en consecuencia, se condene a Raúl A. Guglielminetti a la pena de cuatro años de prisión y ocho de inhabilitación absoluta, por el delito de enriquecimiento ilícito de funcionario público previsto y penado por el art. 268 (2) del Cód. Penal.

Basa su planteo en que el encartado al ser debidamente requerido para que justificara el origen de su enriquecimiento patrimonial, eludió dar las explicaciones correspondientes, amparándose en que si lo hacía podría vulnerar el secreto militar e incurrir en un delito, limitándose a decir que había recibido y manejado importantes sumas de dinero producto de su actividad como agente de inteligencia del Estado.

A fs. 1416, el Fiscal Nacional de Investigaciones Administrativas, dejó en manos del fiscal general el ejercicio de la acción pública en los presentes actuados.

La defensa a fs. 1417/1426, en su mejora de fundamentos solicitó se confirme la sentencia apelada, requiriendo para el hipotético caso en que no se coincidiera con la absolución decidida en autos, se someta nuevamente a consideración la inconstitucionalidad de la figura penal contenida en el art. 268 (2) del Cód. de fondo; y en atención a las particulares cuestiones debatidas en autos, se tenga presente la reserva de recurrir por la vía que autoriza el art. 14 de la ley 48.

El presente proceso se inició con el reproche a Guglielminetti, que desempeñó funciones públicas en el Servicio de Inteligencia de la Fuerza del Ejército desde el 1 de enero de 1971 hasta el 1º de noviembre de 1979 y en la Agrupación Seguridad e Inteligencia de la casa Militar de la Presidencia de la Nación, en períodos comprendidos desde el 1º de marzo de 1978 hasta el 1 de junio de 1981, y desde el 1º de marzo de 1983, hasta el 12 de marzo de 1984, percibiendo por ello remuneraciones del erario público, incrementando notablemente su patrimonio tanto con la incorporación de bienes inmuebles y muebles, cuanto por la ostentosa forma de vida desarrollada por el mismo.

Así, analizado que fuera el fallo recurrido y las probanzas colectadas en el legajo, he de disentir con los argumentos expuestos por la sentenciante, toda vez que los elementos cargosos existentes, se encuentran correlacionados, y resultan idóneos y suficientes para fundar un pronunciamiento condenatorio respecto del

nombrado, desechando la duda invocada por la magistrada.

Previo a ello y debido a los argumentos que he adelantado, es que corresponde hacer mención a la inconstitucionalidad del art. 268 (2), planteada por la defensa, según la cual esta norma no respeta el principio de legalidad ni el derecho penal de acto, viola el principio de inocencia y desconoce el principio "nemo tenetur", pilares todos, del sistema penal de un Estado de Derecho.

No encuentra acogida tal planteo, ya que en el caso en estudio no se encuentra vulnerada la garantía contra la autoincriminación, toda vez que el juez al recibirle declaración indagatoria al imputado, ya contaba en la causa con distintas probanzas, demostrativas de un apreciable incremento del patrimonio que no encontraba justificación con los ingresos que debía tener el nombrado. Por ello, siendo la indagatoria un acto de defensa, lo que aquí se valora negativamente, no es la negativa a justificar, sino todos los datos objetivos demostrativos de su incremento patrimonial sin razón alguna.

En los delitos contra la Administración Pública, el Código Penal no menciona un bien jurídico, sino de manera indirecta, siendo necesario especificar en cada caso el contenido tutelado por cada infracción, concluyendo Soler que el bien jurídico protegido sería el normal, ordenado y legal desenvolvimiento de la función de los órganos del Estado, en todas las ramas de sus tres poderes, (tomo V, "Derecho Penal Argentino", Ed. Tea, ed. 1983).

La Administración Pública no es estrictamente un bien jurídico. Su concepto gira en torno a intereses sociales e individuales respecto del desenvolvimiento de la función pública. Se protege 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. 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 en las relaciones que se generan entre la Administración y los particulares. (Conf. Antonieta Goscilo, "Los bienes jurídicos penalmente protegidos"; Lecciones y Ensayos, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, diciembre 1981).

El delito de enriquecimiento ilícito proviene de la simple observación de grandes aumentos patrimoniales de algunos funcionarios y ocurridos tras pocos años en el desempeño de un cargo. Cuando no se conoce una razón legítima de tamaño aumento, la gente sospecha que el funcionario operó en forma non sancta. (Conf. Molinario, Aguirre Obarrio, "Los delitos", p. 377, Ed. Tea, ed. 1999).

Así, toda vez que con este delito se trata de prevenir conductas anormales que persigan el logro de aumentos patrimoniales prevaliéndose de la condición de funcionario público (conf. Creus, "Delitos contra la Administración Pública", p. 417, Ed. Astrea, 1981) y se protege la imagen de transparencia, gratuidad y probidad de la administración, es que el bien jurídico se lesiona con la no justificación del patrimonio; descartándose así todas las interpretaciones que consideran que se trata de un delito de "recogida" (como sostiene Sancinetti en "El delito de enriquecimiento ilícito de funcionario público", Ed. Ad Hoc, ed. 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.

No se trata, en definitiva, de castigar sobre la base de una presunción de la ley, se castiga en realidad por el hecho cierto, comprobado y por lo tanto no presunto de que el funcionario se ha enriquecido durante el ejercicio de la función pública y, no demostrado que lo haya sido ilícitamente (obligación que el poder jurisdiccional puede imponer válidamente a los servidores públicos), no puede haber sido de otra manera que con motivo de la función. (Conf. Alberto Millán, "El delito de enriquecimiento ilícito de funcionario público", Revista Penal Instituto de derecho penal y criminal, Facultad de derecho y ciencias sociales y políticas de la U.M.N.E, año 1, N° 1, enero julio).

En tal sentido se expidió la sala I de esta Cámara: "El delito de enriquecimiento ilícito del funcionario público no persigue la acción de enriquecerse, sino la de no justificar la procedencia de enriquecimiento, con lo cual la ley no consagra una presunción, sino imponiendo un deber y sancionando su incumplimiento, por lo que la figura no está en pugna con disposición constitucional alguna" ("Vallone, José A.", 11/6/98 -LA LEY, 1999-B, 336-).

Así también: "El tipo de enriquecimiento ilícito del art. 268, inc. 2° del Cód. Penal no viola ningún derecho protegido constitucionalmente ... El enriquecimiento será apreciable a los fines del tipo de enriquecimiento ilícito cuando resulta considerable con relación a la situación económica del sujeto al momento de asumir el cargo y no esté de acuerdo con las posibilidades de evolución normal de aquella durante el tiempo de desempeño de la función" (sala de feria A de esta Cámara, 15/1/98, "Pico, José" -LA LEY, 1998-F, 733-).

La norma sancionada en octubre de 1964 obedecía al anhelo de proteger la transparencia y regularidad en el ejercicio de la función pública y reprimir con mayor eficacia la corrupción, propósito que se advierte en los numerosos proyectos que desde 1936 se venían elaborando y que aún hoy se comprueba con la reforma constitucional de 1994 que incluye entre sus preceptos, en el capítulo segundo, bajo el epígrafe de Nuevos Derechos y Garantías en el art. 36 que en su párrafo quinto reza: "Atentará 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" (de la sentencia N° 13, "Angeloz, Carlos M. y otros por enriquecimiento ilícito" de la Excm. Cámara Séptima del Crimen, Secretaría 14, Córdoba, 20 de octubre de 1998 -LLC, 1999-95-).

A modo ilustrativo y a fin de recalcar la importancia de la transparencia que deben tener los funcionarios públicos, corresponde señalar que la figura de enriquecimiento ilícito fue incluida en el texto de la Convención Interamericana contra la corrupción como una de las medidas que los Estados se comprometen a legislar. Pacto que fue redactado y aprobado en marzo de 1996 en Caracas, por veintiún países de la OEA incluida la Argentina, ratificado por nuestro Congreso en diciembre de ese mismo año y promulgado en enero de 1997.

Por otra parte, resulta apropiado recordar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación viene reiterando en sucesivas entregas que los jueces deben extremar la ponderación e interpretación de las leyes, dado que su discordancia constitucional y su consiguiente abatimiento es el último extremo al que debe acudir (Fallos: 260:153; 286:76; 288:325; 300:241 -LA LEY, 118-270; 152-1; 156-851, 31.879-S-).

Por ello, luego de sentadas las bases de la figura prevista en el art. 268(2) del Cód. Penal, y teniendo en cuenta las constancias del expediente, se encuentra acreditado que Guglielminetti prestaba labores en la función pública, según la certificación de fs. 30 y a fs. 104 la jefatura del Estado Mayor General del Ejército Argentino informa que perteneció al Servicio de Inteligencia de la fuerza del Ejército desde el 1 de enero de 1971 hasta el 1° de noviembre de 1979. A su vez a fs. 117 la Secretaría de Legal y Técnica remite el informe de fecha 11 de abril de 1986 de la Jefatura de la Agrupación Seguridad e Inteligencia de la casa Militar de la Presidencia de la Nación, según el cual desempeñó funciones en ese organismo en dos oportunidades: desde el 1 de marzo de 1978 hasta el 1 de junio de 1981 y desde el 1 de marzo de 1983 hasta el 12 de marzo de 1984.

Luego de ingresar a la función pública acrecentó notablemente su patrimonio, con los siguientes bienes:

a) Lote sito en el Cuartel 7° del Partido de Mercedes, Provincia de Buenos Aires, adquirido el 30 de agosto de 1984, en la cantidad de \$a 500.000 (pesos argentinos), según la copia certificada de la escritura de fs. 418/420.

b) Una casa sita en la calle Italia ... de Acassuso, Provincia de Buenos Aires, adquirida el día 19 de abril de 1982, en la suma de \$500.000.000, pesos ley 18.188, conforme título de propiedad cuya escritura consta a fs. 421.

c) Inmueble sito en la calle Libertad ... de Martínez, Provincia de Buenos Aires, propiedad que señaló adquirida por Alberto I. Virkel, con fecha 20 de enero de 1980, en la suma de U\$S 120.000.

d) Un automóvil marca Ford Falcon, dominio ... que fue vendido por Delia B. Estévez al imputado en el año 1984.

e) Un jeep, dominio ...

f) Un automóvil Ford Falcon, dominio ... que vendió por intermedio de una agencia a Leonardo Pergament en mayo de 1983.

g) El alquiler de una finca en Molino de la Hoz, Madrid, España, a su propietario José L. Carrasco Fernández en la suma de 75.000 pesetas desde mediados de julio de 1985 hasta principios de 1987.

h) Por último la posesión de un millón de dólares estadounidenses al arribar al aeropuerto internacional de Barajas en Madrid, España, en febrero de 1985.

Así cuando fue debidamente requerido, Guglielminetti en sus distintas declaraciones indagatorias glosadas a fs. 285/288, 682/683, 876, 878 y 879 eludió dar las explicaciones de tal enriquecimiento, amparándose en que si lo hacía podía vulnerar el secreto militar e incurrir en un delito, sólo manifestó que había recibido y manejado importantes sumas de dinero producto de su actividad como agente de inteligencia del Estado. Aclaró también que si bien durante el cumplimiento de órdenes jamás se apoderó de suma de dinero alguna, que fuera propiedad de las personas que hubiera detenido, recibió en cambio, distintas sumas de dinero, que presume, provenían del éxito obtenido en las investigaciones sobre el aparato de finanzas de distintas organizaciones subversivas;

aclarando que las sumas que recibió fueron importantes y las percibió en dos o tres oportunidades, ascendiendo a unos cincuenta mil dólares, provenientes de las acciones contra las finanzas de grupos revolucionarios. Así para el cumplimiento de las misiones asignadas recibió partidas especiales, que se denominan gastos operativos y que tienen por objeto el apoyo logístico adecuado para cada misión. Recalca que no puede justificar como cualquier empleado público su patrimonio en razón de que el dinero adicional proviene de una partida secreta oficial destinada al Ejército Argentino por el Congreso Nacional.

Acerca del millón de dólares, explica en una ampliación de su declaración indagatoria que Juan Cuoma, un empresario de radio y prestigioso astrólogo en Europa, fallecido, era el titular de dicha suma dineraria, con la que ingresó a España, y que la persona que actuó como intermediario entre los dos fue Jorge Carrasco.

Así, determinados los bienes de Raúl Guglielminetti, y teniendo en cuenta que no justificó satisfactoriamente con razones convincentes -testigos, documentos, etc.- el origen lícito de su patrimonio, el debate no merece mayor análisis, pues resulta clara la comisión del delito de enriquecimiento ilícito.

No resulta atendible el argumento de la sentenciante en cuanto que no se ha podido acreditar un enriquecimiento desmedido por parte del agente, con relación a los ingresos percibidos, toda vez que no se ha podido a lo largo de toda la investigación, precisar, ni siquiera de una manera aproximada, cuáles han sido los reales ingresos mensuales de Guglielminetti, ni tampoco se pudo esclarecer la posesión por parte del nombrado de un millón de dólares.

La argumentación de que no es posible reprocharle ilicitud en su enriquecimiento patrimonial porque al no informarse -por ser disposiciones secretas- el origen de los fondos que esa Administración Pública habría abonado al imputado (no está probado) y que según los dichos del imputado sus remuneraciones eran más altas que las de un coronel, cabe señalar que por cuantiosos que pudiesen ser sus ingresos sería imposible que superaran el máximo de los ingresos percibidos por el jefe y Superior Jerárquico del nombrado. En esa inteligencia tampoco cierran las cuentas y sigue resultando injustificado el incremento que tuvo su patrimonio durante el período que trabajó exclusivamente para el Estado.

A mayor abundamiento, cabe señalar que tampoco estarían justificados en el sentido del art. 268 (2) del Cód. Penal, el pago de sumas de dinero que esa Administración Pública hubiera hecho al imputado en cualquier circunstancia. En efecto, las resoluciones administrativas y normas de inferior jerarquía a las leyes que pudieran haberse dictado para establecer un sistema de premios, recompensas, sobresueldos, apropiación de "botines de guerra", etc., a los agentes de inteligencia que operaron en el ámbito de la llamada lucha contra la subversión, también fueron declaradas contrarias a derecho, y Guglielminetti, integraba con pleno conocimiento ese sistema organizado de poder (parafraseando a Claus Roxin) en el cual las órdenes no se limitaban al cumplimiento de lo legalmente previsto (concepto en el que a los fines de la argumentación y en beneficio del imputado doy por comprendidas las leyes de facto) sino que dejaban gran libertad a los ejecutores a quienes se les permitía el apoderamiento de bienes de las personas privadas de libertad, se les otorgaba impunidad y bajo el ropaje de actos jurídicos válidos, se los recompensaba (ver causa N° 13 de la Cámara Criminal y Correccional Federal seguida a los ex comandantes en Jefe, publicada en Fallos: 309:33).

Lo dicho no significa imputar a Guglielminetti la intervención en esos hechos, y ni siquiera hacerlo beneficiario de sus consecuencias, como si se tratase de una prueba de cargo de donde pudo provenir su enriquecimiento ilícito. La argumentación que precede simplemente tiende a descartar el argumento de la defensa acerca de que las dificultades que han impedido en el presente legajo afirmar la existencia de los elementos exigidos por la figura penal cuya infracción se imputa a Guglielminetti, tiene como exclusivo origen el carácter secreto de la particular actividad que desarrollaba en los servicios de inteligencia. Así, si su enriquecimiento se generó en una especie de "gratificaciones" que le abonaba legalmente esa Administración Pública, y los cuales no podemos probar porque la misma Administración Pública declama que esa información es secreta y/o en todo caso fue destruida; sería como pedirle la prueba de la culpabilidad al mismo aparato que se constituyó en un organismo dedicado a cometer los hechos de los que dieron cuenta la sentencia citada y otras en las que se declaró responsables a los cuadros inferiores.

Así, no pudiendo aclarar el imputado Guglielminetti, el origen de su patrimonio, y no importando en la presente investigación cómo se enriqueció, ya que la norma protege un bien jurídico que no es económico, como es el correcto y transparente funcionamiento de los funcionarios públicos, en el sentido que deben dar a los ciudadanos una seguridad de que su patrimonio no se ha enriquecido ilícitamente y que no es afectada solamente por acción ilícita de un funcionario que se enriquece, pues para ello están otros delitos contra la Administración Pública.

En cuanto a la causa que corre por cuerda N° 11.821/96 del Juzgado de Instrucción 25, Secretaría 145, según

la cual la defensa sostiene que es la única circunstancia que autorizaría a abrigar dudas respecto a la veracidad del relato de Guglielminetti, pero resulta ajena a este proceso; ya que no es posible pretender, en el marco de un proceso seguido por la supuesta infracción al art. 268 (2) del Cód. Penal, la justificación de un incremento patrimonial que se presume proveniente de la comisión de un concreto hecho ilícito que se investiga simultáneamente en otro proceso, sin violentar la garantía del "non bis in idem" amparada por el art. 18 de la Constitución Nacional, no hallará tampoco recepción aquí.

Ello, en virtud que el objeto de esta causa, es distinto al de aquella, tratándose de un delito autónomo que corresponde investigar en forma separada y que por otra parte no se haya comprobado de manera alguna la relación de esa causa con el millón de dólares que tenía Guglielminetti en su poder. No es que se pena por esta vía a quien se haya enriquecido mediante la comisión de un delito que no se pueda probar, ni tampoco la presunción de que se haya enriquecido en la función, sino que como ya hiciera mención anteriormente se protege la transparencia que todo funcionario debe tener.

Así, en esta causa no hay necesidad de probar que el dinero haya provenido de un acto ilícito, sino que su objeto consiste en probar que la suma de los ingresos lícitos nunca alcanzaría para adquirir los bienes e incrementar su patrimonio en la forma y montos en que está probado. De modo que los agravios de la defensa referidos a la valoración de la prueba producida en otra causa, no tienen incidencia aquí.

Por lo expuesto es que corresponde condenar a Raúl A. Guglielminetti, por el hecho que fuera oportunamente acusado. Rige la actividad probatoria las normas previstas en los arts. 207, 211, 228, 229, 305, 306, 357 y 358 del Cód. de Proced. en Materia Penal -ley 2372-.

La conducta por la cual tendrá que responder el nombrado se encuentra prevista en el art. 268 (2) del Cód. Penal, y respecto a la sanción a imponer, tendré en cuenta las características y consecuencias del hecho analizado.

Figura que fue sancionada por la ley 16.648 de octubre de 1964, que tiene su origen en el 346 inc. d del Proyecto de Soler de 1960, que con modificaciones introducidas por el jurista de Córdoba Ricardo Núñez, fue incluido en el proyecto enviado al Congreso, siendo oportuno recalcar la opinión de este último en el dictamen que contestó a la consulta del Ministerio del Interior sobre el proyecto de ley del Poder Ejecutivo (D. Ses. Cam. Dip 1964 p. 3070 y sigtes.) según el cual la codicia y el ánimo de lucro son fuentes en el país de una profunda corrupción de la función pública, el enriquecimiento ilícito de los funcionarios y empleados públicos es algo en lo que el legislador debe intervenir sin demora, así "...desgraciadamente, por un lado, si los gobiernos -de quienes depende en gran medida el descubrimiento y persecución de esos delitos- han hecho algo frente a la situación imperante, ha sido para favorecer la impunidad. Por otro lado, el sistema represivo ha carecido de normas respecto de un importante aspecto de esa delincuencia como es el que atañe al enriquecimiento ilícito de los funcionarios o empleados públicos".

El desempeño de cargos públicos implica un compromiso personal, de llevarlos a cabo con el propósito de servir a la comunidad y no de utilizar los mismos para lucrar en provecho propio. En otras palabras servir a la ciudadanía y no servirse de ella.

La transparencia que debe emanar de los actos que son propio a dichas funciones, hoy más aún reclamadas y declamadas por nuestra comunidad, son esenciales para la credibilidad de las instituciones y de las personas que la integran, en los tres poderes del Estado. El estado de derecho hoy vigente y su consolidación así lo exige.

De forma tal, que el uso del derecho penal contrarrestaría la tendencia a la ilegalidad, refutaría la impresión de que algunas personas están sobre la ley y consolidaría el estado de derecho.

Deben tenerse en cuenta también las constancias personales que surgen del legajo, el proceso en su haber y demás pautas mensurativas establecidas en los arts. 40 y 41 del Cód. Penal, por lo que considero adecuada la pena de cuatro años de prisión, accesorias legales y costas, e inhabilitación absoluta de ocho años, como lo solicitara el fiscal y el fiscal general.

Por lo expuesto, propongo al acuerdo: I. Revocar el dispositivo I del fallo de fs. 1356/1389 y condenar a Raúl A. Guglielminetti, como autor penalmente responsable del delito de enriquecimiento ilícito (art. 268(2), Cód. Penal), a la pena de cuatro años de prisión, accesorias legales, costas e inhabilitación absoluta de ocho años (arts. 12, 29 inc. 3º, Cód. Penal). II. Tener presente la reserva federal planteada.

El doctor Gerome dijo:

Que adhería el voto precedente.

Por el mérito que ofrece el acuerdo que antecede el tribunal resuelve: I. Revocar el dispositivo I del fallo de fs. 1356/1389 y condenar a Raúl A. Guiglielminetti, como autor penalmente responsable del delito de enriquecimiento ilícito (art. 268(2), Cód. Penal), a la pena de cuatro años de prisión, accesorias legales, costas e inhabilitación absoluta de ocho años (arts. 12 y 29 inc. 3º, Cód. Penal). II. Tener presente la reserva del caso federal planteada. - Alfredo Barbarosch. - Carlos Gerome.