

"T., R. A. - Enriquecimiento ilícito de funcionario público S/ IMPUGNACION EXTRAORDINARIA", Expte. Nº 4783.

///-C U E R D O:

En la ciudad de Paraná, Capital de la Provincia de Entre Ríos, a los **trece** días del mes de **agosto** del año **dos mil diecinueve**, reunidos los señores miembros de la Sala Nº 1 en lo Penal del Excmo. Superior Tribunal de Justicia de Entre Ríos, a saber: Presidente, Dr. **DANIEL OMAR CARUBIA**, y Vocales, Dres. **CLAUDIA MÓNICA MIZAWAK y EMILIO AROLD O EDUARDO CASTRILLÓN**, asistidos por la Secretaria autorizante, **Dra. Noelia V. Ríos**, fue traída para resolver la causa caratulada: **"T., R. A. - Enriquecimiento ilícito de funcionario público S/ IMPUGNACION EXTRAORDINARIA".-**

Practicado oportunamente el sorteo de ley, el mismo quedó conformado de la siguiente forma: **Dres. MIZAWAK, CARUBIA y CASTRILLÓN.-**

Estudiados los autos, la Excma. Sala planteó las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA CUESTIÓN: ¿Es procedente la impugnación extraordinaria interpuesta?

SEGUNDA CUESTIÓN: ¿Cómo deben imponerse las costas?

A LA PRIMERA CUESTIÓN PROPUESTA, LA SEÑORA VOCAL DRA. MIZAWAK, DIJO:

I.- La Cámara de Casación Penal, en fecha 2 de noviembre de 2017, **RECHAZÓ el Recurso de Casación** interpuesto por los **Dres. Julio Federik y Luis Stello**; y en consecuencia **CONFIRMÓ** la Sentencia de fecha 18 de abril de 2016, dictada por la Sala Primera de la Excma. Cámara Primera en lo Criminal de la Primera Circunscripción Judicial que declaró a **R. A. T.** autor penalmente responsable del delito de **ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO** y lo condenó a la pena de **TRES AÑOS DE PRISIÓN DE EJECUCIÓN CONDICIONAL**, con más la **inhabilitación absoluta perpetua**

para ejercer cargos públicos y **MULTA de pesos cuatrocientos cuarenta y dos mil quinientos setenta y siete (\$ 442.577)** -art. 268 (2) texto según ley N° 25188, 5, 401, 41 y 45 del C. Penal- y le impuso reglas de conducta.-

Asimismo, se ordenó el **DECOMISO** del bien inmueble ubicado en calle **Buenos Aires 38, piso 8 "b"** de esta ciudad.

II.- Contra esa sentencia, el **Dr. Julio Federik**, defensor del imputado, interpuso -a fs. 1203/1218- la impugnación extraordinaria prevista en el apartado II del Acuerdo General N° 17/14 del Superior Tribunal de Justicia de fecha 3/6/14, punto cuarto -hoy: arts. 524 y ss., Libro Cuarto, Capítulo IV, Sección II, del Cód. Proc. Penal -Ley N° 9754, modif. por Ley N° 10317-.-

Luego de referirse a los antecedentes de la causa, adujo que se encuentran debidamente cumplidos los recaudos formales y sustanciales que condicionan la procedencia de la impugnación extraordinaria.-

Alegó que tanto el Tribunal Oral como la Cámara de Casación Penal realizaron una arbitraria interpretación de la prueba colectada en el proceso, apartándose infundadamente de las pericias contables -oficiales y de parte- que establecían que el incremento patrimonial del Lic. T. no fue apreciable, esto es, que estaba justificado; no respetaron las reglas de la sana crítica racional e impusieron una sanción penal que no correspondía. Peticionó la absolución de su asistido.-

Asimismo, cuestionó la ley aplicada al caso y aclaró que se condenó a su pupilo por enriquecimiento, en un período que va desde 1991 a 2003. La ley 25188, que modifica el art. 268 (2) del Código Penal, es del 1º de noviembre de 1999.-

Explicó que el agravio radica en que se aplicó retroactivamente una ley que contiene una respuesta punitiva más gravosa, especialmente en cuanto a la inhabilitación absoluta y la multa y esta interpretación conculca el principio de legalidad. Citó el caso "Bignone" de la C.S.J.N. sobre la sucesión de las leyes penales

en el tiempo.-

Cuestionó la aplicación del parámetro del 50% de los ingresos para calcular la capacidad de ahorro de T. y sostuvo que es un baremo que no puede aplicarse al imputado, que es una persona sin cargas de familia y vive en la casa de sus padres. Precisó que si se tomara otro porcentaje para establecer la capacidad de ahorro se terminaría esta discusión, porque la cifra de sus ingresos sería suficiente para justificar sus egresos y es clara la arbitrariedad de la sentencia.-

Remarcó que la sentencia de Casación se internó en la adquisición de cada bien, apartándose en este aspecto de las pericias y del sistema de la AFIP, que computa el año completo.-

Efectuó la reserva del caso federal.-

III.- La Cámara de Casación Penal en fecha 14 de diciembre de 2017 (cfrt. fs. 1220/1221) concedió el recurso extraordinario provincial articulado.-

IV.- Celebrada la audiencia prevista en el artículo 515 del Cód. Proc. Penal, aplicable por expresa remisión del artículo 525 del citado digesto, concurrieron: el representante del Ministerio Público Fiscal, señor Procurador General de la Provincia, **Dr. Jorge Amilcar Luciano García** y por la Defensa Técnica del imputado, el **Dr. Julio Federik**.-

IV.1.- El **Dr. Federik**, recurrente en autos, cuestionó la postura de la Cámara de Casación que, para justificar la aplicación de la ley más gravosa, trató al delito como un tipo omisivo. Remarcó que en esta causa se analizó la evolución patrimonial de su defendido durante los años 1991 hasta el 2003, pero se aplicó una ley de 1999.-

Opinó que estamos ante un delito de comisión, tal como se dijo en el caso de María Julia Alzogaray, porque lo determinante es el deber del funcionario público de no enriquecerse ilícitamente y no la intimación a que justifique su patrimonio.-

Si se parte de considerar al enriquecimiento ilícito como

de comisión, estamos ante un delito continuado. Los tribunales intervinientes en vez de aplicar la ley más benigna, como lo ha resuelto la C.S.J.N., subsumieron la conducta imputada en la ley más gravosa, que fue sancionada con posterioridad.-

Cuestionó el índice señalado en las pericias a partir del cual se calculó la capacidad de ahorro de T. Resaltó que su defendido es soltero y vive en la casa de sus padres, no tiene cargas de familia, pero igualmente le aplican el referido índice para calcular sus consumos y su capacidad de ahorro.-

Fustigó el análisis efectuado por los judicantes que, en vez de hacer el cálculo completo de todos los años, se internaron en la adquisición de cada mes, ni siquiera la AFIP procede de esa manera.-

Planteó la violación de las reglas de la sana crítica racional y de las garantías en el proceso. Efectuó la reserva del “caso federal” y solicitó que se deje sin efecto el fallo, porque se condenó a una persona por medio de una sentencia que tiene desaciertos de carácter técnico y jurídico.-

IV.2.- El **Dr. García** dijo que la discusión que se plantea ya se ha debatido durante el juicio oral y también en la instancia de Casación, por lo que el recurso sería inadmisibile. Descartó la alegada arbitrariedad de las sentencias dictadas en contra de T.-

Sostuvo que no hay agravio federal, se traen cuestiones normativas que han sido planteadas en otros casos y ya lo ha resuelto la C.S.J.N. en los casos “Rossi” y “Alzogaray”, cerrando la discusión constitucional.-

Con respecto a la aplicación de la ley penal en el tiempo, adujo que la sentencia de mérito tomó la tesis de Lazcano seguida por la Cámara de Casación Nacional indicando que es un delito complejo, de comisión y de omisión; pero eso no tiene nada que ver con el *factum* del suceso histórico investigado y la ilicitud.-

Existe una ardua discusión dogmática, pero el Procurador General de la C.S.J.N. -Esteban Righi- ya se ha pronunciado al

respecto, descartando que estas discrepancias habiliten la vía federal.-

Explicó que aquí hay un malentendido dogmático, la existencia de la omisión es normativa, por eso se complementa con la obligación del deber; hay deberes positivos, se tiene que omitir algo que está prohibido por la norma.-

No estamos discutiendo cuestiones morales, sino cuestiones jurídicas, los funcionarios públicos tienen deberes positivos y si bien hay casos más graves, T. quebrantó esos deberes y la sentencia dictada en su contra es justa.-

Precisó que no debe perderse de vista que estamos ante un delito permanente; consideró errónea la postura de la C.S.J.N. en "MUIÑA". Citó los casos "Jofre" y "Videla" de la C.S.J.N y trajo lo dicho por la C.I.D.H. en "Trujillo vs. Guatemala" y "Gelman".-

Señaló que la Ley de Ética Pública no modificó la norma de conducta sólo difiere en lo atinente a la norma de sanción, por lo cual no se afectan las garantías constitucionales con la aplicación de la ley dictada en 1999, incluso el cómputo de la prescripción comienza cuando se efectiviza la condición objetiva de punibilidad.-

La defensa no tiene en cuenta que el fallo de casación trató y resolvió la cuestión de la ley aplicable al caso, descartando la argumentación defensiva y aunque no se comparta lo decidido, lo cierto es que el agravio fue tratado.-

Con relación al segundo de los agravios, destacó que la argumentación de la parte impugnante es una inteligente puesta en escena de lo que ocurrió en el debate, no hay una discusión sustancial sino un mal entendimiento. El planteo recursivo se refiere al perito oficial Passadore pero olvida al perito Cozzi que también llega a una diferencia de trescientos setenta mil dólares.-

Resaltó que lo más importante es que la propia defensa no trae la labor del perito de parte -Budasoff- porque falseó maliciosamente los datos, pretendió inflar los ingresos que estaban compatibilizados en las declaraciones juradas de T. tomando los

ingresos sin detraer los descuentos.-

Precisó que la pericia de Passadore se ordenó frente a las discrepancias existentes entre la pericia de parte y la realizada por Cozzi. Los jueces pueden apartarse de lo que dicen los peritos.-

Se comprobó el quebranto del funcionario del deber de transparentar sus bienes. Las declaraciones juradas deben presentarse en la Contaduría General y esto fue omitido y aquí se verifica la omisión del deber positivo del funcionario.-

El perito Passadore no tuvo en cuenta cuestiones trascendentes que justifican el monto del enriquecimiento al que había llegado Cozzi, entre los que mencionó: el mutuo de 86.000 dólares a Irma Manucci, el mutuo de 110.000 dólares a Cordero y el de 100.000 dólares a Lell.-

Estas cuestiones son ponderadas en la sentencia y la casación lo confirma, sin que la defensa lo haya contradicho. Tampoco se justificaron los movimientos de la cuenta Infinity y así se llegó a un monto injustificado de casi \$900.000 pesos dólares.-

Hizo hincapié en que la imputación versa sobre el quebranto positivo y negativo del funcionario del año 1991 a 2003 mientras fue diputado provincial, no abarca el período en que fue funcionario público de la Nación y por esos haberes se le requirió justificación ante la Oficina Anticorrupción en una causa federal pero no integran la imputación de este proceso; por eso se detrae ese movimiento y, contrariamente a lo que señala la defensa, la sentencia lo indica claramente.-

Solicitó el rechazo del recurso y la confirmación de la sentencia.-

V.- Sucintamente reseñadas las posturas argumentales partivas, debo señalar en primer término, que la Impugnación Extraordinaria deducida es viable a la luz de lo normado en el Acuerdo General nº 17/2014, el cual dispone que las resoluciones y sentencias de la Cámara de Casación Penal pueden ser atacadas mediante el mencionado recurso, que procederá en los mismos

supuestos en que corresponde la interposición del Recurso Extraordinario Federal y que el mismo debe ser resuelto por esta Sala Nº1 en lo Penal del Superior Tribunal de Justicia de Entre Ríos. El acuerdo fue ratificado y convalidado con la sanción de la ley 10317, que agregó como causal de procedencia los casos en que la sentencia de la Cámara de Casación Penal resulte contradictoria con la doctrina sentada en el fallo anterior del mismo tribunal o del Tribunal Superior de Justicia sobre la misma cuestión.-

V.1.- Examinadas detenidamente las constancias de la causa, es dable destacar que en lo relativo a la alegada arbitrariedad en la valoración de la prueba colectada durante el proceso, el remedio extraordinario en tratamiento se limita a reproducir los agravios ya planteados en el Recurso de Casación incoado a fs. 1143/1158 contra la sentencia condenatoria, pero no analiza ni rebate las conclusiones del fallo dictado por el Tribunal de Casación.-

Así, la defensa expresa su disconformidad con aseveraciones genéricas, insistiendo una vez más en su teoría del caso -basada en la inexistencia de un crecimiento patrimonial apreciable e injustificado de T.- sin acusar recibo de las concretas respuestas que el Tribunal de Casación dió a los cuestionamientos esgrimidos en esa instancia, desaprovechando incluso la audiencia informativa para dar el cierre argumentativo a su pretensión y demostrar las deficiencias que sólo proclama.-

El vocal que comandó el acuerdo de Casación -al que adhirieron sin reservas sus colegas- examinó crítica, circunstanciada y completamente el plexo probatorio reunido, explicando de manera comprensible y controlable en base a qué elementos se arribó a la conclusión propuesta.-

En esta senda, el fallo en crisis controló el método de la sentencia de grado al examinar los bienes adquiridos por T. durante el período investigado y las operaciones patrimoniales realizadas. A posteriori, analizó y cotejó de manera lógica, racional y correcta las periciales contables efectuadas por Passadore, Grecca y Cozzi,

convalidando la decisión del Tribunal de Juicio, en relación al apreciable incremento patrimonial que el acusado no pudo justificar.-

También se explicaron las razones que determinaron el escaso valor probatorio otorgado a la pericia efectuada por el perito de parte, Cr. Budasoff, dictamen que contiene llamativas inconsistencias y errores y se avaló la utilización del parámetro de capacidad de ahorro que se tomó en las pericias -cincuenta por ciento de los ingresos-, estimación que se emplea cuando no existe la documentación necesaria para poder calcular el consumo efectivo de una persona.-

Surge evidente que la Cámara de Casación Penal revisó escrupulosamente la construcción lógica de la sentencia y su concreto apoyo en las pruebas colectadas, que fueron correctamente valoradas y dimensionadas en el contexto conviccional de la causa. Por ende, no se advierte arbitrariedad ni irrazonabilidad en la ponderación del material probatorio en el que se fundó la condena de T.-

Lo expuesto revela la inidoneidad de este puntual aspecto del recurso intentado, cuyos planteos remiten al examen de cuestiones de hecho, prueba y derecho procesal, materia propia de los jueces de la causa y ajena, por su naturaleza, a la instancia extraordinaria, en particular si -como a mi entender ocurre en este caso- la decisión cuenta con fundamentos suficientes que descartan la tacha de arbitrariedad (CSJN, Fallos: 301:909; 319:1728).-

En conclusión, creo que el fallo impugnado posee sustento suficiente en el análisis de las constancias de la causa y se efectuó una revisión amplia, autónoma y original de las circunstancias del caso (cfme.: C.S.J.N.; Causa n° G.1945.XL: "GOMEZ, Claudio Marcelo s/HOMICIDIO EN OCASIÓN DE ROBO - CAUSA N° 1611-, 9/5/2006), que satisface las exigencias impuestas por la vigencia de la garantía convencional del doble conforme.-

V.2.- Corresponde ahora abordar el agravio relacionado con la selección de ley sustantiva aplicada al caso.-

De manera previa a la determinación de qué ley corresponde aplicar a fin de resolver la controversia suscitada en estos actuados, considero necesario analizar la figura del enriquecimiento ilícito, tipificada en el artículo 268 (2) del Código Penal.-

En torno a ello, debo aclarar que, sin pretender agotar el rico e inagotable debate dogmático que ha suscitado la interpretación de este tipo penal, sólo me adentraré a analizar los aspectos fundamentales de la estructura de la figura a fin de determinar cuál es la acción típica del enriquecimiento ilícito y cuándo el delito se consuma, toda vez que la definición de estos aspectos impacta directamente al momento de decidir este extremo.-

A tal fin, resulta pertinente reseñar someramente las diferentes posturas doctrinarias que se han propuesto para interpretar la singular figura tipificada en el artículo 268 (2) de nuestra ley sustantiva.-

Un sector de la doctrina -Creus (en su obra: *Delitos contra la Administración Pública*, ed. Astrea, pág. 417 y sig.; ídem en *Der. Penal, P. Esp., T. 2*, pág. 313 y sig.); Sebastián Soler (“Derecho Penal Argentino”. Tomo V, Tipografica Editora Argentina, año 1970, pág. 206); De Luca y Casariego (en su trabajo “Enriquecimiento ilícito y Constitución Nacional” Publicado en: La Ley 2000-A, 249. Cita Online: AR/DOC/13497/2001) y Chiappini, Julio O. (“El delito de no justificación de enriquecimiento (artículos 2682 del Código Penal)”. Publicado en: LA LEY 1986-C, 851- Cita Online: AR/DOC/19570/2001), considera que estamos ante un delito de omisión, consistente en no justificar la procedencia de un enriquecimiento patrimonial apreciable y aunque los reconocidos autores que siguen esta tesis proporcionan argumentos de peso en sustento de ella, estimo que la interpretación del delito como un tipo omisivo, conduce a consecuencias insostenibles que no encuentran inserción ni explicación racional en la estructura de nuestro sistema penal.-

Así, se ha reflexionado que si fuera un delito de omisión

debería quedar excluida la tipicidad siempre que el funcionario justifique el origen del incremento patrimonial, aunque sea proveniente de una actividad ilegal (por ejemplo: cohecho, malversación de caudales públicos, estafa, entre otros).-

Ello es así porque es esencial en los delitos omisivos que el autor esté en condiciones de cumplir con el mandato. La imposibilidad material de cumplir con la conducta debida excluye la tipicidad y en los casos en que el funcionario se hubiera enriquecido como consecuencia de la comisión de un delito (vgr. cohecho, peculado), no podría desvirtuar la presunción y sería imposible que “justifique” el incremento patrimonial.-

Tampoco encuentra explicación satisfactoria en la teoría del delito de omisión, la pena prevista para la persona interpuesta para ocultar el enriquecimiento, porque si lo esencial es la infracción al deber formal derivado del cargo, no tendría razón de ser la incriminación. Esta figura se explica con mayor coherencia si se entiende que lo que se reprime es el enriquecimiento ilícito del funcionario, es decir, una conducta anterior a la omisión que el prestanombre ayuda a disimular, y que la pena prevista para la persona interpuesta se funda en la colaboración prestada para disimular el incremento patrimonial ilegítimo.-

En este orden de ideas, también se objeta a esta tesis que quien haya ejercido la función pública queda expuesto indefinidamente al riesgo de ser investigado por sus incrementos patrimoniales durante el ejercicio de la función lo que podría conllevar a una indefinición, reñida con el instituto de la prescripción, corolario de la seguridad jurídica y el principio de legalidad.-

Resulta elocuente el ejemplo que postula Marcelo Sancinetti -en su obra: “El delito de enriquecimiento ilícito de funcionario público -art. 268,2, C.P.-”, Ed. Ad Hoc, año 1994, pág. 107 y ss.- al sostener la inviabilidad de la tesis omisiva. Señala el autor que la omisión posterior al requerimiento legítimo configuraría el delito, aun en caso de que un tercero demuestre la licitud del

enriquecimiento y ello es inadmisibile, porque ese comportamiento sólo podría conllevar a imponer la pena de la desobediencia.-

También se ha refutado esta tesis, argumentándose que no puede considerarse el requerimiento como un elemento constitutivo del delito, porque es una acción que depende de la voluntad del estado que no agrega ni quita disvalor a la conducta ilícita del autor (cfrt. el precedente “Coletti, Ricardo E.”, de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal, sala II, sentencia del 04/05/2004).-

En definitiva, las incongruencias señaladas no encuentran lógica explicación en el sistema punitivo argentino y demuestran que el delito de enriquecimiento ilícito no se limita a exigir el cumplimiento de un deber formal por parte de los funcionarios públicos, sino que castiga a quien utiliza indebidamente su cargo público para aumentar ilegalmente su patrimonio (cfrt. De La Fuente, Esteban Javier. “El Delito de Enriquecimiento Ilícito. La discusión sobre su constitucionalidad”. Publicado en: Revista de Derecho Penal. 2004.1. Delitos contra la Administración Pública-I. Director: Edgardo Alberto Donna. Ed. Rubinzal Culzoni., año 2004, pág. 94 y ss.).-

Asimismo, no puedo dejar de sopesar que los principales cuestionamientos constitucionales que sostienen los detractores de la figura (entre ellos: Edgardo Alberto Donna, Derecho Penal Parte Especial. Tomo III. Ed. Rubinzal Culzoni, año 2002, pág. 388 y Marcelo Sancinetti, ob. cit., pág. 16) quienes alegan en este sentido la concreta afectación de la prohibición de autoincriminación y la violación del principio de legalidad y presunción de inocencia, tampoco logran explicación satisfactoria en la tesis del delito de omisión.-

Existe otro sector de la doctrina que esgrime que estamos ante un delito complejo -“Núñez, Ricardo C., Tratado de Derecho Penal”. Tomo V. Volumen II, Ed. Marcos Lerner, año 1992, pág. 144- integrado tanto por la conducta del enriquecimiento como por la omisión de justificar ese incremento patrimonial. Esta postura

intermedia, queda a mitad de camino a fin de resolver la controversia que plantea la figura en análisis y deja subsistentes las incógnitas relativas a la acción típica y el momento en que el delito se consuma, lo cual -como ya se dijo- se proyecta a cruciales aspectos prácticos del delito que en esta corriente doctrinaria quedan sin respuesta.-

En otro andarivel, se sitúan los autores -Carlos FONTÁN BALESTRA (cftr.: "Tratado de Derecho Penal", T. VII, 2da., pág. 366, Ed. Abeledo-Perrot, Bs.As., 1980), Horacio S. MALDONADO "Manual de Derecho Penal - Parte especial", Dir. por Ricardo LEVENE (h), pág. 560, Bs. As., 1978, MOLINARIO y AGUIRRE OBARRIO "Los delitos", T. III, pág. 386 -citado por DONNA, Edgardo A., ob. cit., T. III, pág. 395, nota nº 125 y Marcelo A. SANCINETTI (cftr.: ob. cit., págs. 108/109)- que han interpretado al tipo del artículo 268 (2) del Código Penal como de comisión, considerando al efecto que, el núcleo típico de la figura es el enriquecerse ilícitamente, usufructuando indebidamente la función pública. La conducta que se castiga entonces es el hecho de enriquecerse ilícitamente y el requerimiento de justificación patrimonial es un elemento que se ubica fuera del tipo penal.-

Entiendo que esta interpretación de la polémica figura en examen es la única que logra sortear los cuestionamientos constitucionales que se dirigen en su contra.-

En esta senda, la simple lectura de la figura penal evidencia que lo ilícito no es solo la "no justificación" sino que lo que se exige es la comprobación de un enriquecimiento patrimonial apreciable y la norma intenta evitar que quien ejerce la función pública utilice ilegítimamente su cargo para incrementar su patrimonio. Es decir que lo reprimido no es el mero incumplimiento de un deber formal de contestar el requerimiento, sino que lo determinante es la legalidad o ilegalidad del enriquecimiento de quien ejerce un cargo público.-

En aval de esta postura se señala con acierto, luego de comparar la sanción prevista por el artículo 268 (2), Cód. Penal, con la de los delitos que pueden considerarse el "origen" del

enriquecimiento ilícito -cohecho pasivo, tráfico de influencias, soborno transnacional, admisión y ofrecimiento de dádivas, malversación de caudales públicos, negociaciones incompatibles con la función pública- que la escala penal prevista busca reprimir algo más que la mera imagen de transparencia de la administración y se adiciona que la pena es sensiblemente menor a la establecida en el tipo del artículo 268.3, C.Penal, que sí resguarda la imagen de transparencia de la administración pública -ver De La Fuente, ob. cit., pág. 86/87-.-

Las razones antes expuestas me llevan a coincidir con la idea de que la norma prohíbe realizar actos que aumenten de manera apreciable el patrimonio de un funcionario público. Esa prohibición se complementa con la presunción de la ley de que esos actos son ilegítimos si quien se enriqueció considerablemente no demuestra lo contrario. En conclusión, **el acto de enriquecimiento ilícito es el contenido del ilícito y el requerimiento de justificación se encuentra fuera del núcleo típico.-**

Además, esta interpretación del delito es la que, a mi juicio se compadece con el bien jurídico que protege la norma que no solamente es la imagen de transparencia y probidad de la administración pública y de quienes la ejercen, sino el legítimo interés que existe en impedir la corrupción de los funcionarios públicos.-

Así, se ha precisado que: *“el fin último del enriquecimiento ilícito sería la protección del normal, ordenado y legal funcionamiento de la Administración pública”* y *“la transparencia de la situación patrimonial del funcionario”* y atento la ubicación sistemática del delito *“cabe postular que la mentada exigencia de claridad y regularidad en la situación patrimonial de los funcionarios integra el modelo de Administración Pública que el legislador ha querido resguardar en el Título XI del C. P.”* (Cartolano, Mariano, “Aspectos fundamentales del delito de enriquecimiento ilícito”. Publicado en: Sup. Penal 2011 (febrero), 1 - La Ley 2011-A , 1001- Cita Online: AR/DOC/8087/2010).-

En este orden de ideas, se ha sintetizado que *“... la tutela*

de la ley a la protección del correcto funcionamiento de la Administración Pública, pero en el sentido de la transparencia, gratuidad y probidad que debe respetar la propia administración y quienes la representan... Es por ello que la imputación de un incremento patrimonial apreciable e injustificado en los bienes de funcionario o empleado público durante la vigencia de la relación funcional o laboral representa una conducta que afecta la imagen y el decoro que aquellos deben observar; valores que el legislador, de acuerdo con razones de conveniencia que no corresponde revisar en el ámbito judicial, ha venido a resguardar bajo amenaza penal..." (cfrt. Voto Dr. Hornos, *in re* "ALSOGARAY, María Julia-Recurso de Casación e Inconstitucionalidad", Sala IV, Cámara Nacional de Casación Penal, sentencia del 9 de junio de 2005).-

Por otro lado, interpretar el tipo del artículo 268 (2), C.P., como de comisión, sorteando exitosamente las críticas que se dirigen a la irregular situación que plantea el hecho de que el delito se consuma cuando el proceso penal ya se inició (si es considerado como un delito de omisión) y la consecuente vulneración del principio de legalidad - que exige un hecho anterior al proceso mismo- que implica el inicio de una investigación previa a la consumación del ilícito.-

Asimismo, los embates referidos a la inversión de la carga probatoria y consecuente violación a la presunción de inocencia quedan neutralizadas a partir de la idea de que es el Estado (como titular de la acción penal) quien debe probar con datos objetivos el incremento patrimonial apreciable e injustificado y su vinculación con el ejercicio de la función pública. Así, deben existir pruebas que demuestren un enriquecimiento sin justificación y el delito entonces se consuma de manera anterior e independiente del requerimiento de justificación del aumento apreciable de su patrimonio (Todarello, Guillermo A. - "El caso "Alsogaray". Una nueva decisión jurisprudencial que interpreta la figura de enriquecimiento ilícito como delito de acción" -Publicado en: La Ley 2005-F, 137 -Sup. Penal 2005 (octubre), 47, cita Online: AR/DOC/3113/2005).-

Esto determina que el requerimiento de justificación del incremento patrimonial se sitúe -reitero- fuera del tipo penal. Este puntual extremo de la figura se ha interpretado correctamente en el marco de la tesis del delito de comisión, como la oportunidad que tiene el acusado de justificar la licitud de su enriquecimiento y cumplir con el deber de justificar su evolución patrimonial.-

En efecto, la justificación del enriquecimiento no es un acto que compense el disvalor del hecho previo, proveniente de una infracción a la norma, sino que es la oportunidad que tiene el acusado para rendir la prueba que estime pertinente para acreditar que el enriquecimiento previo no constituyó una infracción. Es un comportamiento que *"no agrega un hecho valioso en dirección contraria al disvalioso anterior... sino que es un comportamiento procesal impuesto coactivamente para desvanecer una imputación fundada en un dato externo (el enriquecimiento) que hace presumir que ha habido algún comportamiento delictivo... la no justificación es, en síntesis, una condición de procedibilidad, no define lo ilícito"* (Sancinetti, ob. cit., págs. 108 y ss.).-

Es que si entendemos que la acción típica del delito es la conducta de enriquecerse de manera apreciable e injustificada durante el ejercicio de la función pública, esa solicitud de explicación del aumento del patrimonio debe ser efectuada por el Estado en base a las pruebas que logren recolectarse durante la investigación penal. Ello demuestra que no hay una inconstitucional presunción de culpabilidad en contra del imputado, sino que el Ministerio Público Fiscal tiene a su cargo el deber de probar que el enriquecimiento apreciable de quien ejerció la función pública no se corresponde con sus ingresos legítimos y registrados.-

Así las cosas, surge evidente que lo que se valora en contra del imputado no es su silencio o falta de justificación sino los datos objetivos que fundan la acusación y demuestran que acrecentó su patrimonio desproporcionadamente y sin relación con los ingresos.-

Como colofón del análisis efectuado, no puedo más que

comulgar con las precisiones efectuadas por mi colega de Sala Dr. Carubia, en oportunidad de abordar un planteo de prescripción -en la causa: "ROSSI, Domingo D. - Inf. art. 268 (2) C.P. - Incid. de Prescripción - RECURSO DE CASACION", expte. 2425-491-II-, sentencia del 14/04/2003-, ocasión en la que sostuvo de manera clara y contundente que la interpretación del delito como de omisión "ofrece reparos significativos en la dogmática penal" y destacó que *"... el objeto de represión penal no es otro que el enriquecimiento ilícito del funcionario y que se acude necesariamente a esta peculiar figura frente a la confesada imposibilidad de probar los hechos concretos a través de los cuales se produce el enriquecimiento ilícito, supliendo esa prueba con una presunción derivada de la falta de justificación al serle debidamente requerida -omisión-; elaborando una fórmula para sancionar "hechos punibles" de enriquecimiento que logra abarcar el mayor número indeterminado de ellos. Por consiguiente... el verdadero ilícito está configurado por la conducta del funcionario que conduce al enriquecimiento patrimonial apreciable y el hecho de que la ley condicione la aplicación de una pena a que no se realice cierta acción, no demuestra aún que se está ante un delito de omisión, resultando acertado desligar el elemento "no justificar el enriquecimiento patrimonial" del ámbito del ilícito, y restringir el contenido de éste exclusivamente al acto previo que genera el enriquecimiento..."*.-

La tesis del delito de comisión es la que ha encontrado mayor recepción en la jurisprudencia nacional y se ha aplicado para resolver las causas "Pico, José M. y otra", sent. del 08/05/2000, Cámara Nacional de Casación Penal, sala I (CNCasaciónPenal) (Sala I), "Coletti" de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal, sala II (CNFedCrimyCorrec) (Salall), resuelta el 04/05/2004 y "Alsogaray, María J.", de fecha 09/06/2005, Cámara Nacional de Casación Penal, Sala IV.-

Es de singular relevancia la opinión vertida por el Dr. Hornos en el citado precedente Alsogaray, quien explica que "...

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... 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...".-

Asimismo, existe un argumento de particular trascendencia que refuerza la postura que sustentó. La C.S.J.N. al resolver una cuestión de competencia en el precedente "SAADI" (CSJN, fallos:322:1058) se remitió al dictamen del Procurador General -Dr. Becerra- quien opinó que *"... de las probanzas agregadas al expediente... estimo que no puede descartarse que el presunto incremento patrimonial denunciado, se hubiere producido mientras ejerció su mandato de legislador nacional... Para llegar a esta conclusión, no obsta, a mi modo de ver, la circunstancia del carácter del órgano que efectuó la intimación, ni la de la fecha en que se efectuó (18 de noviembre de 1997), posterior al cese de la actividad de legislador nacional de Ramón Eduardo Saadi, pues la primera entiendo que, en todo caso y más allá de su eficacia, aparece como constitutiva de un requisito para la integración del tipo penal, y la segunda, sólo puede tener andamio en cuanto hace referencia al efectivo ejercicio de una función pública anterior...".-*

Surge evidente de lo transcrito que se valida la idea de que la conducta delictiva consiste en la acción del enriquecimiento injustificado, siendo esta la única oportunidad en la que el Alto tribunal de la Nación ingresó al tratamiento de la naturaleza del delito de enriquecimiento ilícito. En efecto, al resolver la causa "Alsogaray", la CSJN se remitió al dictamen fiscal (Dr. Esteban Righi) quien entendió que la cuestión planteada se refería a la interpretación de una norma de derecho común ajena a la jurisdicción de la corte y declaró improcedente el recurso extraordinario federal (CSJN, Fallos:

331:2799).- También al desestimar al queja interpuesta por la defensa en el caso “Rossi” (Fallos: 332:2659), la Corte se remitió al dictamen de la Procuración General (Dr. Eduardo Ezequiel Casal), quien opinó que el recurrente reedita su discrepancia sobre la inteligencia de una norma de derecho común y consideró aplicables, las consideraciones expuestas por el señor Procurador General en los autos A. 1846, L. XLI, “Alsogaray, María Julia s/ Recurso de Casación e Inconstitucionalidad”.-

Como corolario de todo lo expuesto, a mi modo de ver la acción típica del delito enrostrado a T. es el **enriquecerse injustificadamente de modo apreciable durante el ejercicio de la función pública**, quedando fuera del tipo penal la omisión de contestar el requerimiento cursado. Así, no puede asignarse entidad delictiva al hecho de que el sujeto no conteste el requerimiento de justificación que se le efectúa en el marco de una investigación penal ni a la insuficiente justificación acerca del origen del incremento, pues ambas situaciones deben ser interpretadas como manifestaciones del ejercicio del derecho de defensa en juicio que deber ser garantizado al imputado. Es decir que **el delito se consume cuando se incorporan los bienes al patrimonio** y el núcleo de lo injusto típico debe buscarse en la ilicitud del enriquecimiento.-

V.3.- Despejado el aspecto relativo a la estructura típica del delito de enriquecimiento ilícito, corresponde ingresar a la consideración de los agravios relacionados con la ley sustantiva aplicada y determinar, en definitiva, si es correcta la subsunción de la conducta imputada a T. en el tipo del art. 268 (2) del C. Penal, reformado por ley 25188, tal como lo resolvieron los magistrados -de mérito y de casación- intervinientes en este caso, o, si deben receptarse las críticas -sustentadas en principios de neta raigambre constitucional- que esgrime la defensa del encausado y debe aplicarse el texto original del artículo 268(2), introducido por ley n° 16648.-

A fin de decidir esta cuestión, cabe reparar en que -tal como concluí al abordar el planteo de arbitrariedad en la valoración de la prueba- se acreditó suficientemente que el imputado T. se enriqueció ilícitamente durante el desempeño de la función pública, ocupando el cargo de Diputado de la Provincia de Entre Ríos, desde el año 1991 y hasta el año 2003. Ese enriquecimiento es apreciable (se determinó como monto no justificado la suma de \$885.154) y por ende, el hecho enrostrado se subsume en la figura del artículo 268 (2) del Código Penal.-

Sentado ello, corresponde analizar si la sentencia de casación, cuya revisión constituye el objeto de esta impugnación extraordinaria, ha superado el test impuesto por la vigencia del principio del doble conforme al decidir la ley aplicable para resolver el caso planteado.-

Emerge de la detenida lectura de la sentencia puesta en crisis que el vocal que comandó el acuerdo efectuó un interesante despliegue dogmático y doctrinario sobre la constitucionalidad de la figura del enriquecimiento ilícito, el bien jurídico protegido y la acción típica, enrolándose en la tesis del delito de omisión, concluyendo que el delito se consuma cuando el funcionario no justificó o no justificó suficientemente la procedencia extrafuncional de su enriquecimiento.-

A renglón seguido, el Dr. Perotti, expresa que esa es la opinión mayoritaria y es la que "gobernó" los casos "Rossi" y "Yedro" de este Superior Tribunal de Justicia y descontextualiza algunos pasajes de las sentencias a fin de adaptarlos, de manera artificial y forzada, a la tesis del delito de omisión.-

En el contexto argumental descrito, si bien es cierto que la diferente interpretación de la estructura dogmática del delito aplicado no acarrearía *per se* la invalidez de la decisión y la C.S.J.N. no ha considerado pertinente intervenir para descalificar pronunciamientos que se limitan a admitir una de las posibilidades que ofrece el texto legal (cfrt. Fallos 234:655, 233:22, 244:491,

246:383, 253:181) y cuyo criterio interpretativo no resulta imposible (245:86), inconcebible (253:66) o manifiestamente irrazonable (244:309 y 238:566), estimo que la sentencia de la Cámara de Casación incurre -con respecto a este puntual extremo- en relevantes yerros interpretativos que impactan en la calidad y suficiencia de la fundamentación que se exige como condición de validez a todo acto jurisdiccional, toda vez que no se ajusta al sentido de la jurisprudencia erróneamente invocada.-

A fin de demostrar la inexactitud señalada, cabe destacar que en el caso “Rossi” (sent. del 30/10/2006), si bien el voto del Dr. Chiara Díaz (al que adhiere el Dr. Salduna) cita la opinión de Soler, Nuñez, De Luca, López Casariego y Chiappini, quienes interpretan al delito como de omisión y consideran que la acción típica consiste en no justificar el incremento patrimonial apreciable y desproporcionado con sus ingresos, el vocal comparte lo resuelto por el Tribunal sentenciante al tratar la cuestión referida a la constitucionalidad del tipo del art. 268 (2) del C. Penal.-

Es oportuno recordar que la condena de Rossi - íntegramente confirmada por esta Sala Penal del STJER mediante la sentencia que se analiza- fue dictada por la entonces Sala Segunda de la Excma. Cámara Primera en lo Criminal de la Primera Circunscripción Judicial de la Provincia, integrada por los vocales Raúl Alberto Herzovich, Silvia Teresita Nazar y Jorge Amilcar Luciano García, quien comandó el acuerdo.-

El Dr. García sostuvo que se trata de un ilícito complejo, en el que confluyen mandatos y prohibiciones y precisó al respecto que *“Quien se enriquece de modo incompatible con sus ingresos y habiendo quebrantado su deber de transparencia, -declaración pormenorizada-, ya realizó el ilícito, de modo que no podría alegar que “justificar” o explicar su incumplimiento, si lo quiere hacer, sería contrario a la regla procesal de no incriminación”*, descartando enfáticamente que sea un delito de simple omisión de justificar ante el requerimiento, opinando que la cláusula del requerimiento y la no

justificación sólo pueden entenderse como una regla procesal a favor del acusado que permite inhibir la penalidad ante un razonamiento lógico incriminante.-

Volviendo al pronunciamiento de la Sala Penal del STJ, en su anterior función casatoria, debo hacer hincapié en el apartado IV.14, donde el Dr. Chiara Díaz expresó textualmente que “ ... Al ser considerado el requerimiento de justificación de la procedencia del enriquecimiento patrimonial apreciable como un elemento que no pertenece al tipo y que no debe ser abarcado por el dolo, sino que tiene el carácter de condición objetiva de punibilidad, pierde incidencia dirimente lo expuesto respecto a la supuesta prescripción de la acción penal...” y nuevamente remite -haciendo propio- lo considerado y resuelto en el fallo condenatorio en revisión.-

A su vez, en el precedente “Yedro” -sent. del 11/04/2007- el entonces vocal de esta Sala Penal del STJ, Dr. Carlín, convalidó la sentencia dictada por la Excma. Sala Primera en lo Penal de la Cámara de Concordia, que interpretó el enriquecimiento ilícito como un delito complejo, situando el requerimiento de justificación fuera del tipo penal, caracterizándolo como una condición objetiva de punibilidad y a esa opinión adhirió sin reservas el Dr. Chiara Díaz.-

Luego, el vocal de primer orden se remitió a lo fallado por la Sala Penal en el caso “Rossi”, donde como ya se explicó, también se sostuvo la tesis del delito complejo, aclarando el magistrado que comparte y juzga plenamente aplicables al caso que aquí nos convoca los fundamentos allí vertidos.-

Esta inaudita inconsistencia del fallo de revisión se contrapone incluso con la interpretación que efectúa del delito atribuido a T. la sentencia de condena, que es confirmada por la casación. Así las cosas, resulta clara la postura del Dr. Garzón cuando al abordar el tratamiento de la segunda cuestión expresa que “... el tipo que nos ocupa es de estructura compleja, compuesto según calificada doctrina y jurisprudencia que comparto, por dos tipos de deberes: en primer término por un deber positivo: el deber de

transparencia, que obliga al funcionario al ingresar al cargo, a declarar sus bienes (activo y pasivo), tanto como persona física como su participación en entes societarios, y a informar toda evolución patrimonial mientras dure dicho rol institucional; y en segundo lugar por un deber negativo: el de no enriquecerse ilícitamente de un modo grave...".-

Este singular yerro interpretativo de la Cámara de Casación -similar al advertido por este Tribunal *ad quem* en el caso: "MORARD, Liliana Teresita -SOLA, Marcelo Gabriel -MORI, Oscar Horacio - Defraudación a la Administración Pública -Recurso de Casación s/ IMPUGNACIÓN EXTRAORDINARIA", Expte. N° 4833, sentencia del 5/8/2019- apareja una insostenible consecuencia, cual es, la simplificación del agravio esbozado por la defensa recurrente relacionado con la ley que corresponde aplicar al hecho juzgado en estos actuados, que dogmática y livianamente es rechazado pero sin referencia a los concretos argumentos constitucionales en que la parte impugnante sustenta el planteo y sin aportar razones suficientes que fundamenten la decisión. Así, el vocal ponente concluye que "*... si el momento consumativo de la conducta ilícita es aquel en que el funcionario no justifica el notable incremento de su patrimonio, cuando es formalmente requerido, ese momento nos marca también cuál es la ley aplicable. En el sub iudice, el requerimiento -y la no justificación o justificación insuficiente- data del año 2006... Ergo, la ley aplicable es la N° 25188, la cual fuera sancionada y publicada el 1° de Noviembre del año 1999...".-*

Amén de los defectos expuestos, no puede dejar de señalarse que, lo decidido por el Tribunal de Casación, compromete el principio de legalidad que -como concreción de diversos aspectos del Estado de Derecho- determina que para que sea viable la imposición de una sanción penal debe existir una ley que haya declarado previamente punible el hecho. Así, enseña Bacigalupo que ninguna sentencia condenatoria se puede dictar aplicando una pena que no esté fundada en una ley previa, es decir, una ley en la que el hecho

imputado al autor sea amenazado con pena.-

Es que, tanto el delito como la pena, deben estar determinados en la ley previa (BACIGALUPO, Enrique, Derecho Penal. Parte General, Ed. Hammurabi, año 2007, págs. 103/107).-

A su vez, el principio de legalidad tiene como directa consecuencia el principio de irretroactividad de la ley penal - consagrado expresamente en el art. 9° de la CADH, 15 del PIDCyP y 2 del Código Penal-, que significa que las leyes penales sólo alcanzan a los hechos cometidos después de su entrada en vigor y se arraiga en la idea de que la ley penal quiere prevenir la comisión de hechos punibles imponiendo deberes y amenazando su incumplimiento con la aplicación de una pena; por lo tanto la ley quiere motivar al autor y esto sólo podría hacerlo una ley preexistente a la decisión contraria a la norma de conducta.-

La exigencia en examen se refiere a la tipificación del hecho punible, a la amenaza de pena y a las consecuencias accesorias del delito y reconoce como única excepción la retroactividad de la ley más benigna.-

Se ha discutido en el ámbito de la dogmática penal si este principio es aplicable a todos los delitos, incluyendo a los permanentes y continuados, construcciones que tiene en común la característica de que contemplan casos de una unidad de conducta, que, empiezan en un momento y duran en el tiempo, terminando después (cfrt. Pacilio, Nicolás. “Dos casos discutidos en la jurisprudencia referidos al alcance del principio de aplicación de la ley penal más benigna”. Publicado en: Sup. Penal2015 (abril), 25 - La Ley 2015-B, 998. Cita Online: AR/DOC/948/2015).-

Para dilucidar la compleja cuestión planteada, considero conveniente analizar la postura de la C.S.J.N., intérprete final de nuestra Constitución Nacional y de los derechos y garantías que dimanen de su articulado.-

Así, en un primer momento el Alto Tribunal de la Nación, consideró inaplicable a los delitos permanentes o continuados el

artículo 2 del C. Penal. En el precedente "Jofre" (CSJN, fallos 327:3279, sent. de fecha 24/8/2004), la mayoría de los miembros de la Corte resolvieron declarar improcedente el Recurso Extraordinario interpuesto, remitiéndose al dictamen del Procurador General -Dr. Becerra- quien proponía restringir la aplicación del principio a los casos de delitos permanentes y continuados, con base en el argumento de que resulta claro que esa conducta delictiva continuó ejecutándose durante la vigencia de esta ley nueva, que se reputa conocida por el autor (artículo 20 del C. Civil) y que siendo posterior deroga a la anterior (lex posterior, derogat priori). Este criterio, fue seguido también en los fallos 328:2702 y 330:2434.-

No obstante ello, esta orientación jurisprudencial cambió radicalmente en un señero precedente (C.S.J.N., fallos 337:37, "Granillo Ocampo", sentencia de fecha 4/02/2014). En esta oportunidad la C.S.J.N. resolvió un planteo de prescripción en el marco de una causa donde se imputaba a los recurrentes su participación en el delito de enriquecimiento ilícito -cuyo principal imputado era el padre de los mismos-.-

En el caso citado, el Alto Tribunal de la Nación, sostuvo, sin ambages que: *"el principio de legalidad enunciado en el artículo 18 de la Constitución Nacional establece que para que una persona pueda ser sometida a proceso, la conducta que se le imputa, así como la escala penal prevista para esa conducta, deben haber sido individualizadas en una ley sancionada de manera previa a la comisión del hecho, sentando así el principio de irretroactividad de la ley penal, el que reconoce como única excepción, la aplicación de la ley penal más benigna... Dado que la conducta atribuida a los imputados habría comenzado a ejecutarse a partir del 1° de noviembre de 1994 y continuaría ejecutándose hasta diciembre de 1999, esta se iniciaría durante la vigencia de la ley 16648, y aun cuando su último tramo se habría ejecutado encontrándose ya vigente la ley 25188, de acuerdo a los principios constitucionales,*

corresponde aplicar la ley 16648, por ser la que se ajusta al cumplimiento del principio de irretroactividad de la ley penal, establecido en el artículo 18 de nuestra Constitución Nacional", concluyendo el citado tribunal que "la aplicación de la ley 25188 efectuada por el a quo resulta violatoria del artículo 18 de la Constitución Nacional e impide aplicar la excepción prevista, dado que la ley posterior en modo alguno resulta más benigna...".-

Esa solución es, a mi juicio, la que resulta ajustada a la estricta vigencia del principio de legalidad y de irretroactividad de la ley penal y es la que debe adoptarse para resolver la controversia planteada en este caso sometido a decisión.-

En esta senda opina Zaffaroni, quien se pronuncia a favor de la vigencia de la prohibición de aplicación retroactiva de la ley a todos los delitos, argumentando que si bien el delito se comete desde que una acción se inicia hasta que cesa, cuando una ley más gravosa entra en vigencia en un momento posterior al comienzo de la acción y antes de que finalice, existe un tramo de ella que no está abarcado por la tipicidad de la nueva ley, concluyendo que *"no es posible aplicar la nueva ley a esa conducta"* (cfrt. Zaffaroni-Alagia-Slokar, Derecho Penal, Parte General, Ed. Ediar, año 2007, pág. 103).-

Por lo demás, debo señalar un argumento más que refuerza mi posición respecto a la aplicación universal de la prohibición de irretroactividad de la ley penal y es la postura mayoritaria que adoptó la C.S.J.N. en el caso "BIGNONE- MUIÑA" (Fallos: 340:549, sent. del 3/5/2017).-

Al respecto, considero esencial aclarar que en las actuaciones de referencia se discutía si era factible aplicar, a quienes estaban acusados de haber cometido delitos de lesa humanidad, el cómputo del 2x1, establecido en el art. 7º de la ley 24390.-

El caso en comentario se enmarca en un especial contexto nacional, en el que luego de la recuperación de la democracia se patentizó y efectivizó un legítimo reclamo de la sociedad en su conjunto para alcanzar la verdad, justicia y el

establecimiento de la memoria colectiva con respecto a los delitos de lesa humanidad cometidos durante la última dictadura militar. Esto determinó el inicio un sinuoso camino en lo que respecta al juzgamiento de estos hechos, con marchas y contramarchas, avances y retrocesos, en los que se han visto involucrados los tres poderes del Estado.-

A pesar de esta particular situación, estimo que el precedente citado tiene singular valor interpretativo, toda vez que fija como criterio la aplicación universal a todos los delitos del artículo 2º del C. Penal.-

No obstante ello, tampoco escapa a mi conocimiento la acalorada reacción social que suscitó la comentada decisión de la Corte en el caso “Bignone” y la inmediata reforma legislativa que provocó. En efecto, el Poder Legislativo dictó la ley 27362 que excluyó a los delitos de lesa humanidad del cómputo privilegiado del 2x1 y que determinó que la propia C.S.J.N. (cfrt. Fallos 341:1768, dictado el 4/12/2018) considerara que dicha norma era una ley interpretativa del art. 7º de la 24390 y resultaba aplicable a situaciones anteriores a su dictado.-

A pesar del cambio de postura de la mayoría de los vocales del Alto Tribunal de la Nación con respecto a la posibilidad de aplicar el art. 7º de la ley 24390 a los acusados de delitos de lesa humanidad, nada dice el nuevo fallo sobre la aplicación del art. 2º del C. Penal a los delitos permanentes y continuados. Por ende, estimo que en este puntual aspecto subsiste el criterio sostenido por el voto de la mayoría en la causa “Bignone- Muiña”. Por tales motivos, considero pertinente invocar los fundamentos vertidos en ese caso sobre la prohibición de irretroactividad de la ley penal.-

Se sostuvo al respecto que *“... De acuerdo con el art. 2º del Código Penal es indisputable que la solución más benigna debe aplicarse a todos los delitos, inclusive los de carácter permanente, sin distinciones”* porque nada *“inhibe la posibilidad de que durante el transcurso desde que el imputado comenzó a desplegar la conducta*

típica hasta que cesó de hacerlo se dicte una ley más benigna y, con ello, se configuren las únicas condiciones a las que la norma referida supedita la aplicación de la ley más favorable".-

Asimismo, se afirmó que "... el razonamiento del a quo... soslaya indebidamente la aplicación de lo dispuesto en los arts. 2º y 3º del Código Penal, debiéndose recordar que cuando el legislador utiliza -en la primera de las cláusulas citadas- el adverbio "siempre" no deja lugar a dudas respecto de su intención de extender la benignidad normativa para todos los supuestos..." (cfrt. causa citada, voto Dr. Rosatti, considerando 8º).-

Lo expuesto me conduce a admitir parcialmente el recurso incoado por la defensa técnica de T. en lo relativo a la ley aplicable al caso. Consecuentemente, la imputación delictiva -que abarca desde el año 1991 hasta el 2003- dirigida en contra de T., debe resolverse de acuerdo con la anterior redacción del artículo 268 (2), C. Penal, toda vez que la ley 25188, sancionada en el año 1999, no puede aplicarse retroactivamente, porque resulta más gravosa para el imputado.-

Es que, aunque el núcleo de la conducta prohibida no sufrió modificaciones y se mantuvo la pena de prisión de dos a seis años, se incrementó notablemente la inhabilitación absoluta prevista en la norma, que pasó de ser de 3 a 10 años a perpetua. Asimismo, se adicionó como pena accesoria una multa del 50 al 100% del valor del enriquecimiento.-

Estos aspectos de la sanción penal modificados por la ley 25188 evidencian que la nueva ley agravó la consecuencia punitiva del delito de enriquecimiento ilícito y por ende, no puede aplicarse, so pena de conculcar el principio de legalidad y de irretroactividad de la ley penal.-

En definitiva, considero que debe dejarse sin efecto la multa dispuesta en la sentencia de grado -confirmada por la Casación- que asciende a la suma de \$442.577, equivalentes al 50% del valor del enriquecimiento.-

Por otro lado, soy de opinión que estamos en condiciones de asumir competencia positiva, para adecuar la pena de inhabilitación absoluta que corresponde imponer a T., de conformidad al texto anterior del artículo 268 (2) del Código Penal y graduarla dentro de la escala -de 3 a 10 años- estipulada en la norma de referencia.-

Esta decisión se funda no sólo en razones prácticas, de economía y celeridad procesal -tal cual lo prevé el artículo 518 del Cód. Proc. Penal, aplicable por expresa remisión del artículo 525 del citado cuerpo legal- sino que además, reenviar las actuaciones a fin de que se determine temporalmente la inhabilitación absoluta que le corresponde a T., resultaría una solución reñida con el derecho de todo imputado a que se resuelva su situación en tiempo oportuno y sin dilaciones indebidas, sobre todo frente a un proceso judicial que lleva más de 13 años de duración.-

En esta orientación ha fallado la Corte Suprema de Justicia de la Nación al decir que *"... insistir en el reenvío de las actuaciones... se traduciría, en definitiva, en la lesión de otro derecho, cual es el que tiene todo imputado a obtener un pronunciamiento que defina su posición frente a la ley y a la sociedad, y ponga término al estado de sospecha que importa la acusación de haber cometido un delito, mediante una sentencia que establezca, de una vez y para siempre, su situación frente a la ley penal (conf. Fallos: 272:188, en particular considerado 10, in fine)..."* (cftr.: C.S.J.N.; Fallos, 339:1493).-

Al respecto corresponde tener en cuenta lo que ha sostenido este Tribunal en la causa "VALENTE, ROBERTO D. - PECULADO EN CONC. MAT. DEFRAUD. ADM. PUBL. - FALSIF. DOC. - RECURSO DE CASACION" - 28/6/04-, relativo a la inhabilitación absoluta, lo que con las adecuaciones del caso resulta plenamente aplicable al supuesto de autos. En tal oportunidad se expresó que: *"... Por un lado, la pena de inhabilitación absoluta prevista en nuestro Código Penal no se gradúa en relación con los parámetros del art. 41 sino en función de la índole del delito (cfme.: art. 12, C.P.) y emerge autorizada en razón de que el goce de los derechos,*

del que se priva o suspende al condenado, es incompatible con la naturaleza del delito cometido. Tal sería el supuesto, por ejemplo, de una condena por delito cometido en el ejercicio de una función pública, contra los poderes o el patrimonio público (cfme.: Zaffaroni, Eugenio R.; ob.cit., pág. 937...”).-

En este contexto, teniendo en cuenta que se condenó a T.b por la comisión del delito de enriquecimiento ilícito cuando ocupó la función pública, a lo que debemos sumar la edad del imputado, quien cuenta con 67 años de edad, es jubilado provincial y la alongada duración de la investigación seguida en su contra, que reitero lleva más de 13 años y no resultando la demora atribuible al imputado y su defensa, estimo adecuado determinar la inhabilitación absoluta por el término de 5 años, la que se sitúa en el límite inferior de la escala del art. 268 (2), según ley 16648, Cód. Penal.-

Así voto.-

A LA MISMA CUESTIÓN PLANTEADA, EL SEÑOR VOCAL, DR. CARUBIA, DIJO:

I.- La señora Vocal ponente ha reseñado suficientemente los agravios motivantes de la impugnación extraordinaria articulada y las posturas esgrimidas en la audiencia por la defensa recurrente y por el Ministerio Público Fiscal, lo cual me exime de reiterar innecesariamente tales aspectos del asunto bajo examen, remitiéndome a lo expresado por la Dra. Mizawak al respecto.-

II.- Coincido plenamente con el análisis que formula la Colega preopinante en los apartados **V** y **V.1** de su voto, puntualizando la mera reiteración de argumentos impugnativos ya repondidos plenamente por el tribunal *a quo*, sin que sean fundadamente rebatidos esos acabados argumentos de la Casación, evidenciando el recurso que aquí nos ocupa su manifiesta inadmisibilidad.-

En efecto, como puede constatarse a partir de la atenta lectura del libelo de interposición de la impugnación extraordinaria y su confrontación con la sentencia de fs. 1182/1200 que ataca, la

primera omite refutar con una crítica puntual los concretos fundamentos sentenciales que lo agravan, refiriendo sólo de modo genérico y descontextuado a ciertas pruebas -aislada y parcialmente consideradas, sin un análisis conglobante de la totalidad del plexo probatorio producido-, sin poder demostrar que la Casación haya incurrido en omisiones y desaciertos susceptibles de descalificar su pronunciamiento, oponiendo a ello solamente una diferente interpretación de los hechos de la causa y su distinta particular pretensión de aplicación del derecho en la especie.-

Mas, cabe señalar, la sentencia de la Cámara de Casación puesta en crisis, desestimando las pretensiones de la defensa, brinda concreta fundamentación acerca de la aplicación del derecho que efectúa y, compartamos o no tal concepción, lo cierto y concreto es que no se verifica aquí argumento impugnativo alguno que logre aportar, más allá de la mera disconformidad, mínimas y atendibles razones demostrativas de un eventual ***vitio iuris in iudicando*** que, excediendo el marco de interpretación del derecho común, importe violación de un derecho o garantía constitucional y, por ello, habilite a esta Alzada extraordinaria para ingresar al análisis y consecuente revocación de tal extremo del acto sentencial que, debo aseverar, no se ve conmovido por una crítica razonada de los reales fundamentos que sustentaron el fallo atacado (cfme.: STJER, Sala Nº 1, *in rebus*: "Adam", 15/4/15; "Rivero-Bejarano", 5/7/17; "Bressan", 23/3/18; "Actis", 26/11/18; "Bonafede", 17/12/18, entre otros).-

En esa línea de pensamiento, es necesario recordar que la impugnación deducida, dado su carácter extraordinario, debe bastarse a sí misma, sin que el órgano judicial pueda suplir las falencias que contenga y, en ese cometido, revelar la existencia de una clara e indudable oposición entre el contenido jurídico del pronunciamiento impugnado y alguna cláusula de la Constitución Nacional (cfme.: Clariá Olmedo, J. A.; Tratado de Der. Proc. Penal, T. V, pág. 554, Ed. Rubinzal-Culzoni, Sta. Fe, 2009); aspecto que el acto de interposición de fs. 1203/1218 omite por completo fundamentar.-

III.- Tales consideraciones me llevan necesariamente a disentir con la solución final que propone la Dra. Mizawak e inexorablemente me conducen a concluir que la impugnación extraordinaria bajo examen, atento a su manifiesta inadmisibilidad, no puede prosperar y debe ser íntegramente rechazada.-

Así voto.-

El señor Vocal, Dr. **CASTRILLÓN**, a la cuestión propuesta, dijo:

Adhiero al voto de la Dra. Mizawak por compartir sus fundamentos.-

A LA SEGUNDA CUESTIÓN PLANTEADA, LA SRA. VOCAL, DRA. MIZAWAK, DIJO:

Atento al resultado al que se arriba al tratarse la cuestión primera, cuadra establecer las costas cargo del imputado en un cincuenta por ciento (%50) y el restante porcentaje, de oficio -art. 583 sstes y cdtes. CPP-.

Asimismo, corresponde fijar la audiencia del día **12 de septiembre de 2019 a las 12:30 horas** para la lectura íntegra de los fundamentos de la sentencia.-

Así voto.-

El señor Vocal, Dr. **CARUBIA**, a la cuestión propuesta, dijo:

Adhiero al voto que antecede por análogas consideraciones.-

A su turno, el señor Vocal, **Dr. CASTRILLÓN**, a la misma cuestión, dijo:

Adhiero a los votos que anteceden.-

Con lo cual y no siendo para más, se dio por terminado el acto, quedando acordada, por mayoría, la siguiente **sentencia:**

Daniel O. Carubia

Emilio A. E. Castrillón

SENTENCIA:

PARANÁ, 13 de agosto de 2019.-

1º).- **HACER LUGAR PARCIALMENTE** a la **impugnación extraordinaria** deducida a fs. 1203/1218, por el Dr. **JULIO A. FEDERIK**, Defensor Técnico del encausado **R. A. T**, contra la Sentencia Nº 360, dictada por la Sala Nº 1 de la Cámara de Casación Penal de esta Capital -fs. 1182/1200-, que confirmó la sentencia obrante a fs. 1075/1138 vlt., las que **se revocan parcialmente**.

2º) **DEJAR SIN EFECTO** el punto I de la parte **resolutiva de la sentencia** dictada por la Excma. Cámara Primera, Sala Primera de esta ciudad, **sólo en cuanto dispuso la inhabilitación absoluta perpetua y la multa de pesos cuatrocientos cuarenta y dos mil quinientos setenta y siete (\$442.507,00), confirmándola en todo lo demás.**

3º) **IMPONER** a **R. A. T** ya filiado en autos, la pena de **inhabilitación absoluta por el término de cinco (5) años** - art. 268 (2), del Código Penal, texto según Ley 16.648-.

4º).- **ESTABLECER** las costas cargo del imputado en un cincuenta por ciento (%50) y el restante porcentaje, de oficio -art. 583 sstes y cdtes. CPP-.

5º).- **NO REGULAR** los honorarios del Dr. Julio Federik por no haberlos petitionado expresamente -art.97 inc. 1º del Decreto Ley Nº 7046/82, ratificado por Ley Nº 7503.

6º).- **FIJAR** la audiencia del día **12 de septiembre de 2019 a las 12:30 horas** para la lectura íntegra de los fundamentos de la sentencia.

Regístrese, notifíquese en la forma de estilo y, oportunamente, bajen.-

Daniel Omar Carubia

-disidencia parcial-

Emilio A. E. Castrillón

Ante mí:

NOELIA V. RÍOS

-Secretaria-

Se deja constancia que la señora Vocal, Dra. Claudia M. Mizawak, no suscribe la presente por encontrarse ausente de la jurisdicción -art. 456 Código Procesal Penal-.

NOELIA V. RÍOS

-Secretaria-