

## **LA TRAICION A LA PATRIA Y LA CORRUPCION. Una novel garantía constitucional y la necesidad de su sistematización**

Por Armando Rafael Aquino Britos

**1.- Introducción:** En la actualidad el Estado Democrático de Derecho recepta los llamados derechos de cuarta generación en el espectro constitucional, mientras en paralelo el sistema democrático y los restantes derechos fundamentales sufren un fuerte menoscabo por un fenómeno social que corroe las bases del funcionamiento del Estado: la corrupción.-

En otro trabajo<sup>1</sup> hemos analizado el tema desde una amplia perspectiva destacando como ese fenómeno socava las bases mismas del régimen político e institucional y que la calidad de funcionamiento el nivel de democracia de un país, y su institucionalidad, se manifiestan en la fortaleza y eficacia de los mecanismos de control y de transparencia, no sólo institucionales, sino también sociales.

Sin embargo como no existe relación visible, evidente y concreta en cómo y cuánto afecta la corrupción los más elementales derechos humanos, no se advierte el nexo de causalidad y la dimensión del problema se diluye.

La sustracción de una partida presupuestaria afecta de manera directa a la sociedad al sustraerle los servicios estatales para los cuales esos fondos estaban asignados, pero ¿quién puede dudar que los delitos más agraviantes a la dignidad humana como la trata de personas, secuestros extorsivos o el narcotráfico cuenta con colaboración u omisión estatal, afectando derechos humanos esenciales?

La corrupción es definida por el Banco Mundial y la organización Transparencia Internacional como “el uso de la posición pública de un individuo para provechos personales ilegítimos. Abuso de poder y provechos personales, que pueden producirse tanto en la esfera privada como en la pública y, muchas veces, implica colisión entre individuos de los dos sectores.”

Huntington<sup>2</sup> señala que “es la desviación de la conducta de un funcionario público que se aparta de lo establecido por la ley para ponerse al servicio de intereses privados”.

Malem Seña<sup>3</sup> indica que se “pueden definir los actos de corrupción como aquellos que constituyen violación, activa o pasiva, de un deber posicional o del incumplimiento de alguna función específica realizados en el marco de discreción con el objeto de obtener un beneficio extraposicional, cualquiera sea su naturaleza”.

---

<sup>1</sup>Ver in extenso en Aquino Britos, Armando Rafael “democracia, derechos fundamentales y corrupción” la necesidad de un cambio profundo. Ed Librería de la Paz. Espacio jurídico. Resistencia, Chaco 2014.

<sup>2</sup> Huntington S.P. “el orden político en las sociedades en cambio” Paidós, Buenos Aires 1972. Pág 63

<sup>3</sup> Malem Seña Jorge F “la corrupción. Aspectos éticos, económicos, políticos y jurídicos” Ed Gedisa, Barcelona España año 2002, pág. 35.

El único sistema que permite la publicidad y conocimiento de hechos de corrupción es el democrático pues los gobiernos autoritarios tienen la potestad de ocultarla, aunque su magnitud es aun mayor..

Por el contrario la democracia es el presupuesto necesario para la lucha contra la corrupción, pues la ley y la existencia de controles es crucial para combatir este flagelo social pues “existe corrupción cuando una persona, ilícitamente, pone sus intereses personales por sobre los de las personas y los ideales que está comprometido a servir”.

Klitgaard<sup>4</sup> expresa que se puede establecer una ecuación básica de la corrupción: "La conducta ilícita florece cuando los agentes tienen poder monopólico sobre los clientes, grandes facultades discrecionales, y débil responsabilidad ante el mandante. Vale entonces la siguiente ecuación: "Corrupción igual Monopolio de la decisión pública *más* Discrecionalidad de la decisión pública *menos* Responsabilidad (en el sentido de obligación de rendir cuentas) por la decisión pública" (su fórmula  $C = M + D - T$ )

Moreno Ocampo<sup>5</sup> ilustra que una forma para controlar y prevenir la corrupción en la sociedad es detectar la influencia del sistema político. En un régimen de poder hegemónico no hay poderes independientes sino un poder monopólico que no cumple la ley sino que impera la discrecionalidad de los que detentan la autoridad, se restringe la libertad de prensa y la información afectando la transparencia. (Su fórmula  $PH = C$ ) poder hegemónico es igual a corrupción.

Si bien no hay fórmulas mágicas si es indudable que la alteración del funcionamiento institucional es el primer paso para relajar el funcionamiento del estado y las normas jurídicas y sociales, por lo cual no es aventurado sostener que la mejora del funcionamiento institucional tenga el sentido contrario.

Por ello es preciso analizar el mandato constitucional, primera norma a cumplir, y nuestras prácticas constitucionales para abordar esta problemática.

**2.- El carácter sistémico:** La corrupción tiene una matriz cultural que la torna incompatible con la democracia; Easton señala que “... la vida política puede considerarse como un sistema de conducta. El sistema político será su principal y más grosera unidad de análisis...” Toma la vida política como *sistema*, el que puede distinguir del *ambiente* en que existe y está abierto a las influencias procedentes de dicho ambiente, y ello producen *respuestas* que son las variaciones que se producen -sean positivas o negativas- los miembros del sistema, para regular o hacer frente a la *tensión* que procede tanto de fuentes ambientales como

---

<sup>4</sup> Ver en Klitgaard Robert “Controlando la corrupción. Una indagación práctica para el gran problema social de fin de siglo” Ed. Sudamericana. Buenos Aires.1994.

<sup>5</sup> Moreno Ocampo, Luis, “En defensa propia. Cómo salir de la corrupción” Editorial Sudamericana, Buenos Aires, 1993.

internas; ello genera una *retroalimentación* que es la capacidad del sistema de subsistir a las tensiones, y provocan un *respuesta*<sup>6</sup>.

Ahora bien, hay conductas que pueden provocar una tensión de tal entidad y magnitud en el sistema que no tenga la respuesta suficiente y con ello pone en dudas la existencia misma de este como tal; ponen en crisis en la estructura misma del Estado donde se desenvuelve el sistema político.

Así sucede con el terrorismo, u otros grupos con mayor poder logístico que el mismo Estado, verbigracia, las organizaciones del narcotráfico asociadas a los grupos terroristas; y en el plano interno del propio Estado, la traición de sus funcionarios cuando cometen crímenes de corrupción.

Esta es la cuestión que se debe desentrañar desde lo empírico o lo simbólico, para identificar, describir, explicar y delimitar lo que permite el análisis sistémico.

Partimos de la inescindible relación de los conceptos Estado y sociedad. Félix Loñ<sup>7</sup> acota que “(...) ambas formas configuran un sistema y cada uno constituye, dentro de aquel, un subsistema parcial. Están formadas por partes (...) En términos de las ciencias sociales se ha señalado que un sistema implica la interdependencia de sus partes constitutivas y un límite específico entre él y su entorno. Si se cambia las propiedades de un componente, todos los elementos que lo integran se verán afectados.

Así las presiones que soporta el sistema deben ser respondidas por los elementos de este que recepta la demanda y producir resultados satisfactorios para evitar el conflicto que pueda generar una implosión en el mismo.

Si las partes que componen el sistema distorsionan su función es obvio que no habrá equilibrio y para ello es imprescindible que funcione un proceso de retroalimentación lo que fuera explicado magistralmente por David Easton<sup>8</sup> precisando que este “... consta de la elaboración de productos por parte de las autoridades, de una respuesta de los miembros de la sociedad a estos productos, de la comunicación a las autoridades de la información relativa a esta reacción, y por último, de las posibles resoluciones posteriores de las autoridades...”

Los productos elaborados por el Estado sean leyes, resoluciones o sentencias, son respuestas a demandas en el aspecto formal: ¿Pero cómo encuentran plena satisfacción estas demandas en el aspecto sustantivo, si los dineros públicos destinados a satisfacer el funcionamiento del sistema se desvía del circuito público, para ser transferido de manera ilegal a los bolsillos privados?

Es que los insumos o demandas que surgen del cuerpo social son propios de la dinámica de la sociedad que reclaman decisiones de los

---

<sup>6</sup> Easton, David “Enfoques sobre teoría Política” Ed. Amorroutu, Buenos Aires 1979, pág.47 y sig.

<sup>7</sup> Loñ Félix, Morello Augusto M “Lecturas de la Constitución “Ed. Librería Ed. Platense, Lexis Nexis Bs As, 2003.

<sup>8</sup> Easton, David “Enfoques sobre teoría Política” ob cit.

gobernantes en un ambiente que puede ser variable con tensiones que pueden hacer colapsar el mismo sistema.

A menudo tienen que ver con la insatisfacción de necesidades básicas fundamentales o servicios públicos que obligatoriamente debe brindar el Estado a modo de productos ante tales reclamos. De allí entonces que, ante la insuficiencia o insatisfacción de la respuesta estatal ante la presión o demanda, puede generar una tensión tal que afecte el propio sistema. Cuando se reclama alimentos, medicamentos, más seguridad, los que no pueden ser satisfechos plenamente por que la corrupción se llevó gran parte de los recursos destinados a satisfacer estos pedidos, ahí es donde la sociedad soporta y padece la disfuncionalidad del sistema en particular.

Se ven las consecuencias pero no la causa generadora de la impotencia estatal. Es por ello que en graves crisis económica y generalizada, allí recién la sociedad advierte que la causa fuente de tal situación es la corrupción; allí se ve claramente la conjunción de causa y consecuencia.

Por ello sostenemos que la corrupción como fenómeno significa la mutación, afectación, lesión a los más elementales derechos humanos y debe ser equiparado como un crimen de lesa humanidad.

Por la dimensión del tema ello analizaremos esta cuestión tomando el ilícito más característico de tal actividad que es el enriquecimiento ilícito del funcionario público (art.268(2) del C. Penal) abordándolo desde la descripción constitucional hasta la definición del sistema punitivo adelantando que lo haremos desde el funcionalismo sistémico descrito por Luhmann<sup>9</sup>, donde Gunther Jakobs toma la función del Derecho penal, que en su construcción consistente en prevención-integración; entiende que se debe asegurar la confianza institucional de los ciudadanos en el sistema social, que el derecho penal es un sub sistema y que es un instrumento de estabilización social, de orientación de las acciones y de institucionalización de las expectativas.

Se formula la descripción desde la teoría del delito basada en la imputación objetiva, sintetizada como la aplicación racional de la ley penal al caso concreto. En tal concepción el delito oficia como un modo de alteración de la comunicación entre individuos, de allí que se haga hincapié en la función social de la pena.

Desde esta perspectiva las personas tienen roles, y la imputación objetiva constituye un reparto de responsabilidades ya que se genera un riesgo no permitido, se altera el principio de confianza, se viola la prohibición de regreso, sin la competencia de la víctima; en otro punto explica que la vida social no puede organizarse sin una permisión de riesgos, que lo permitido se rige, principalmente, por la configuración social generada a lo largo del tiempo, y no por un cálculo de costes y beneficios que se pueda aislar de lo anterior, que el riesgo permitido excluye el tipo penal, que el carácter contrario a la norma de una puesta

---

<sup>9</sup> Luhmann, Niklas; .El Derecho como sistema social., en Teoría de Sistemas y Derecho Penal. Fundamentos y posibilidad de aplicación. Ed. Ara. Lima. 2007

en peligro abstracta excluye, en todo caso, una permisión de riesgo; las permisiones positivas solo rigen bajo condiciones ideales; y que el riesgo permitido solo puede determinarse de modo relativo a la conformidad con el rol de quienes en cada caso pueden lícitamente organizar un ámbito vital, concluyendo que, los conocimientos especiales no han de tomarse en cuenta, pero existen supuestos de organización e instituciones que privan de su carácter especial a conocimiento que son especiales en los demás casos como explica Jakobs.<sup>10</sup>

Desde este ámbito, veremos más adelante, que el abordaje a estos tipos delictivos – delitos cometidos por funcionarios públicos- encuentra una recepción constitucional y permite la prevención y ulterior sanción diferente a los ilícitos comunes que obliga a una particular política criminal habilitada conforme a la constitución.

**3.- Los mandatos constitucionales y la búsqueda de nuevas garantías:** la defensa del orden constitucional y del sistema democrático en la carta magna, a nuestro juicio protege la afectación de los derechos fundamentales, sobre todo de carácter social y pueden llegar a configurar una nueva garantía innominada a favor de todos y cada uno de los habitantes si se analizan los arts. 5, 6, 21, 22, 23, 29, 33 y 36 que le corresponden a los poderes constituidos que actúan como representantes de los ciudadanos haciendo cumplir el pacto social.

¿La violación al contrato social – constitución- tiene un carácter especial? o ¿sus violadores están amparados por las garantías típicas y normales previstas en el ordenamiento jurídico ordinario?

La legislación específica (ley 23.077) elevada al rango constitucional posteriormente (art. 36 1ª parte) despejó dudas, describiendo noveles tipos delictivos y aumentando la entidad punitiva de otros delitos, como también en base al art 29 de la carta magna.

Esto es, ¿el tipo garantía que fluye de la constitución para los ciudadanos comunes se extiende a los funcionarios por delitos cometidos en el ejercicio de la función que conllevan enriquecimiento?, o ¿del mandato constitucional surgen normas de jerarquía superior que obligan a un abordaje especial de esta problemática?

¿No emerge de la constitución una tipología especial y específica que puede ser calificada como el “derecho penal del traidor a la patria” cuando la norma superior califica como delitos estos comportamientos y remite a la ley inferior a una mejor descripción de la tipicidad de la conducta reprochada?

Las conductas que se encuadran en tal caracterización – arts.29 y 36 de la carta magna- son cometidos por funcionarios públicos (en su mayoría).

Es que el funcionario no solo viola la ley, sino el contrato social basado en la confianza que se expresa a través del sufragio, no tiene imperativa ni coactivamente impuesta una actividad o función sino que voluntariamente

---

<sup>10</sup> Ver Jakobs Gunter “La imputación objetiva en derecho penal” ( traducción de Manuel Cancio Melia ) ED. Ad Hoc Buenos Aires 2014.

se somete a ella; mas desde ese lugar violenta el mandato- confianza, sino que también irradia un disvalor impropio de los valores, principios, y mandatos del texto constitucional que está obligado a representar.

Es claro que existe un sistema punitivo especial y específico para la violación de los diversos bienes jurídicos tutelados por la norma penal y no caben dudas de ello; mas, ¿la materia predispone necesariamente una política criminal diferente con penas diferenciadas, mecanismos procedimentales específicos o la dimensión del problema hace que necesariamente se extremen los recaudos para resolver el angustiante problemas de los delitos de corrupción?

No existe la diferencia entre delitos comunes y estos agravados por la función y por la confianza; no solo en la entidad punitiva de la pena de prisión que habría de corresponder a cada especie delictiva, sino que tampoco en los delitos dolosos que “conlleven enriquecimiento” del funcionario que delinque, por lo que adelantamos que debería tener la pena de inhabilitación a perpetuidad de lo contrario se permitiría el retorno a la función pública al delincuente. Esto es un absurdo.

Se advierte la diferencia entre la dimensión de los bienes jurídicos afectados y la escala penal o entidad punitiva que le corresponde a los delitos cometidos por funcionarios públicos, en la función pública, tienen igual jerarquía o estándar que los delitos comunes.

Esto es materia de política criminal, como también lo es que el funcionario investigado permanezca en el cargo donde puede destruir las pruebas que hacen a la investigación del hecho delictivo.

De una interpretación de valoración y sentido del texto constitucional surge claramente no un derecho penal del enemigo<sup>11</sup>, sino algo peor, *el derecho penal del traidor a la patria* que surge de los arts.29 y 36 de la C. N. y esta cuestión merece una atención especial ya que el ciudadano, además de garantías tiene obligaciones específicas; y más aún cuando este muda su rol de ciudadano a funcionario ejerciendo una actividad producto de la confianza pública en resguardo de bienes y valores colectivos.

Es claro que no existe una garantía específica que proteja el funcionamiento material del Estado de Derecho; que proteja a la sociedad en su conjunto pero creemos que emerge de tales premisas.

Las garantías conocidas no son sino las individuales siendo las sociales relativamente incumplidas, ya que en la mayoría de las veces el Estado incurre en una “inconstitucionalidad por omisión”<sup>12</sup>, o lisa y llanamente las leyes dictadas padecen de una “descontitucionalizacion alarmante” como refiere Sagües<sup>13</sup>

---

<sup>11</sup> En Sancinetti Marcelo “ El delito de enriquecimiento ilícito de funcionario público. Un tipo violatorio del Estado de derecho Ed Ad Hoc 2014 El autor hace una lúcida critica a esta figura penal, que no compartimos.

<sup>12</sup>Ver Bazán, Víctor (2003), “Respuestas normativas y jurisdiccionales frente a las omisiones inconstitucionales: una visión de derecho comparado”, en Carbonell, Miguel (2003), *En busca de las normas ausentes. Ensayos sobre la inconstitucionalidad por omisión*. México D.F., Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, pp. 91-28

<sup>13</sup> Sagües, Néstor Pedro El Concepto de Descontitucionalización, La Ley 2007-B- pág. 1268.

La Constitución Nacional prescribe en su Artículo 119. *“La traición contra la Nación consistirá únicamente en tomar las armas contra ella, o en unirse a sus enemigos prestándoles ayuda y socorro. El Congreso fijará por una ley especial la pena de este delito; pero ella no pasará de la persona del delincuente, ni la infamia del reo se transmitirá a sus parientes de cualquier grado...”* Claro límite impuesto por los constituyentes a los poderes constituidos para evitar abusos de esta situación que tiene raigambre histórica pero matriz racional normativa.

Empero en la parte dogmática, en el acervo de derechos y garantías el artículo 29 señala *“El Congreso no puede conceder al Ejecutivo nacional, ni las Legislaturas provinciales a los gobernadores de provincia, facultades extraordinarias, ni la suma del poder público, ni otorgarles sumisiones o supremacías por las que la vida, el honor o las fortunas de los argentinos queden a merced de gobiernos o persona alguna. Actos de esta naturaleza llevan consigo una nulidad insanable, y sujetarán a los que los formulen, consientan o firmen, a la responsabilidad y pena de los infames traidores a la patria.”*

Una tutela para los ciudadanos comunes, sin dudas.

El art.36 de la constitución reformada en 1994 dispone *“Esta Constitución mantendrá su imperio aun cuando se interrumpiere su observancia por actos de fuerza contra el orden institucional y el sistema democrático. Estos actos serán insanablemente nulos. Sus autores serán pasibles de la sanción prevista en el Artículo 29, inhabilitados a perpetuidad para ocupar cargos públicos y excluidos de los beneficios del indulto y la conmutación de penas.*

*Tendrán las mismas sanciones quienes, como consecuencia de estos actos, usurparen funciones previstas para las autoridades de esta Constitución o las de las provincias, los que responderán civil y penalmente de sus actos. Las acciones respectivas serán imprescriptibles.*

*Todos los ciudadanos tienen el derecho de resistencia contra quienes ejecutaren los actos de fuerza enunciados en este artículo. Atentará asimismo contra el sistema democrático quien incurriere en grave delito doloso contra el Estado que conlleve enriquecimiento, quedando inhabilitado por el tiempo que las leyes determinen para ocupar cargos o empleos públicos.*

*El Congreso sancionará una ley sobre ética pública para el ejercicio de la función.”*

En síntesis, el art. 36 completa una defensa de la soberanía nacional de la soberanía popular, la forma republicana de gobierno y el imperio de la ley (art.29); consagrando la defensa del orden constitucional, del sistema democrático y que los delitos de corrupción que conlleven enriquecimiento se equiparan a esto; que ya fueron equiparados a la traición a la patria.

¿Puede está obligada defensa de estos valores y bienes jurídicos constituir un plexo de garantías innominadas de carácter colectivo? Si no actúan los remedios estatales para la defensa del orden constitucional y el

sistema democrático ¿acaso no tiene derecho- garantía el ciudadano para hacerlo?

Necesariamente debemos analizar a la sociedad como un ente diferente de cada individuo, al sistema democrático y el orden constitucional desde un ángulo distinto al que analizamos los otros derechos fundamentales.

Es necesario advertir que los arts. 29 y 36 son – dentro de la parte dogmática- los únicos que expresamente consagran mandatos taxativos en defensa de las instituciones de naturaleza republicana, el orden constitucional y el sistema democrático a los que anexa y equipara los delitos de corrupción, puntualmente el enriquecimiento doloso del funcionario.

Sin embargo no aparece diáfano el mecanismo de garantía del ciudadano contra la corrupción ya que el funcionario público es quien viola la confianza colectiva, la legislación imperante, y provoca el mayúsculo daño no solo económico sino también cultural.

**4.- La interpretación constitucional:** la reforma constitucional de 1994 nos dio un nuevo universo de valores que diseñaron nuevas instituciones, más controles, y nos dejaron un abanico de derechos y garantías que sepultaron viejas críticas en torno a la forma y modo de concebirse y realizarse esta reforma a la luz del viejo texto constitucional de 1953/60.

Raúl Alfonsín<sup>14</sup>, explicó con meridiana claridad el propósito de esta reforma que era modificar el sistema presidencialista que prohijaba un modelo autoritario derivando en un modelo de democracia delegativa producto del avance del Ejecutivo sobre los otros poderes. Sostuvo que la crisis Argentina era hija de la ilegalidad y producto del autoritarismo arraigado entre nosotros, expresando “que (...) la concentración de poder institucional en el Ejecutivo, tiene una grave consecuencia que también contribuye a la deslegitimación de la democracia: la corrupción. Se debe destacar la relación entre la corrupción y la combinación de la concentración de poder institucional y económico. Lo que nos debe preocupar no es tanto que existan funcionarios corruptos, sino la impotencia de la democracia para luchar contra la corrupción....La propuesta que defendemos apunta a revertir esta situación. Nuestra concepción se fundamenta en la convicción de que la política debe tener una base ética y que el poder debe ejercerse con legitimidad. Aspiramos a fortalecer las instituciones para fortalecer la democracia (...)”

Con estas premisas salió a predicar la necesidad de una “nueva constitución que promueva una práctica de gobierno más acorde con las exigencias morales y políticas de la inmensa mayoría de los argentinos, para la consolidación de una democracia moderna y participativa que

---

<sup>14</sup> Alfonsín, Raúl R. “Núcleo de coincidencias básicas “LA LEY 1994- D-824.



sentará las bases constitucionales que aseguren libertad para cada uno y justicia para todos”.<sup>15</sup>

En la Convención constituyente le tocó al Dr Cafiero<sup>16</sup> defender la posición de lo que sería el nuevo artículo 36 de la Constitución Nacional. Precisó que lo hacía “... por la democracia, contra el golpismo y la corrupción”. Recordó nuestra historia institucional signada por la ilegalidad, con la marcada impronta autoritaria, exaltó los valores de la democracia y propuso un diseño constitucional para que nunca más se posibilitara la aceptación de gobiernos de facto.

Cafiero la calificó como “el otro enemigo de la democracia” y que se debía librar una batalla ética contra la misma ya que “(...) *alguien podrá decir que es utópico y hasta risible que se considere que por el hecho de que exista una cláusula de defensa del orden constitucional o de defensa de la ética en contra de la corrupción, no va a haber golpes de Estado ni corruptos en nuestro país. No es esa nuestra pretensión. Los penalistas saben muy bien que por más castigos que existan en el Código Penal siempre va a haber delitos. No tenemos pretensiones utópicas sino que queremos establecer efectos disuasorios para quienes alienten este tipo de intenciones en el futuro... probablemente el artículo sobre la ética pública no tenga precedentes en el constitucionalismo comparado. Todos sabemos que uno de los males de la democracia que deberemos atacar es el de la corrupción, que es lo que los autores modernos denominan "cleptocracia". Justamente en este mal -que se extiende por las democracias más avanzadas, por las menos avanzadas y por las más subdesarrolladas los enemigos de la democracia encuentran el elemento en el que basan sus críticas a un sistema en el que no creen psicológica, social ni políticamente. Por esa razón, considero que la inclusión de esta cláusula constituirá una señal que los constituyentes de 1994 le enviamos a toda la sociedad argentina. Nosotros somos los primeros en asumir el reto de la lucha contra la corrupción; nosotros somos quienes queremos que en el documento máximo que estamos reformando se inscriba el principio de que sin ética no hay democracia y que con corrupción vuelve el totalitarismo (...)*

El mandato constitucional es claro y categórico en primer lugar armoniza de manera inescindible los conceptos de democracia, sistema constitucional, con los derechos de resistencia a la opresión, defensa del orden constituido, y expresamente equipara a la corrupción con el delito de traición a la patria. No existe hecho más grave en el texto constitucional que el señalado en esta norma que debe interpretarse adecuadamente con el artículo 29 de nuestro máximo texto legal.

El artículo 29 del texto constitucional de 1853/60 recoge enseñanzas históricas y procuró impedir las para el futuro. Igual pretensión se tuvo en la génesis y concepción de la primera parte del artículo 36 incorporado por la reforma de 1994 a la Constitución Nacional.

---

<sup>15</sup> Alfonsín, Raúl. Ob. cit.

<sup>16</sup> Cafiero Antonio, Convención Constituyente de la reforma constitucional de 1994 sesión del 13/7/94

La equiparación de la corrupción a la traición a la patria y al alzamiento contra el orden institucional devela la trascendencia y magnitud que esta cuestión tuvo para los constituyentes y tiene, por obligación constitucional, para todos los argentinos, ya que es el gran flagelo que azota a las democracias modernas.

Pero la virtud del mandato constitucional es que una norma concebida como “ius cogens” ya que pretende con ello proteger los derechos humanos y la democracia como sistema de vida, que por la imperatividad de su disposición tiene un efecto francamente operativo que no puede desconocerse.

Sera siempre una norma ilusoria, de lege ferenda, si no tomamos razón que abordar la solución del problema es materia de la filosofía del derecho, de la ciencia jurídica, como de la sociología jurídica, siguiendo las enseñanzas de Bobbio.<sup>17</sup>

Es que, como bien refiere Ferrajoli<sup>18</sup>, en esta cuestión se tratan de problemas de observancia e inobservancia de las normas de un ordenamiento determinado desde el punto de vista de la efectividad de las normas y no solo de su vigencia. Padecemos, en este tema el viejo problema de la Colonia, “la ley se acata, pero no se cumple”. Veamos.

**5. La insuficiencia de la ley de ética en la función pública:** No se puede pretender que la corrupción se combata solo con la Ley 25.188 – Ética de la función pública que regula la última parte del art. 36 de la C.N

Ella comprende las conductas en el ejercicio de la función pública estableciendo un conjunto de deberes, prohibiciones e incompatibilidades aplicables, sin excepción, a todas las personas que se desempeñen en la función pública en todos sus niveles y jerarquías, en forma permanente o transitoria, por elección popular, designación directa, por concurso o por cualquier otro medio legal, extendiéndose su aplicación a todos los magistrados, funcionarios y empleados del Estado. (Artículo 1)

Pretende esta norma definir el objeto y explicitar los sujetos que se ven sometidos a la misma y en tal sentido marca deberes y pautas de comportamientos éticos; establece un régimen de declaraciones juradas y antecedentes, formas y modos de comportamiento etc.

Crea la Comisión Nacional de Ética Pública, haciendo también reformas al Código Penal aplicando severas penas entre otros al funcionario público que por sí o por interpósita persona, recibiere dinero o cualquier otra dádiva o aceptare una promesa directa o indirecta, para hacer, retardar o dejar de hacer algo relativo a sus funciones, siendo singular la modificación al art. 268(2) del Código Penal.

Su reglamentación fue dada por el Dto.164/99; sin embargo la gran asignatura pendiente para su franco y total cumplimiento sigue siendo la falta de funcionamiento de la Comisión Nacional de Ética Pública que nunca se constituyó. Esta debería ser integrada por ciudadanos de

---

<sup>17</sup> Bobbio, Norberto “Teoría General del Derecho” Ed Debate, Madrid, 1991.

<sup>18</sup> Ferrajoli, Luigi “Garantismo. Una discusión sobre derecho y democracia” Ed. Trotta España, 2009 pág. 15

reconocidos antecedentes y prestigio público, con el objeto de recibir denuncias de conductas contrarias a la ética pública y ejercer las demás competencias específicas legalmente conferidas, actuando como órgano independiente y con autonomía funcional.

La mora en la designación de los once miembros previstos en la Ley 25188, data desde la sanción de la norma y no tiene justificación. Ellos deben ser designados de la siguiente manera: uno a la Corte Suprema de Justicia de la Nación, uno al Poder Ejecutivo de la Nación, uno al Procurador General de la Nación y ocho ciudadanos serán designados por resolución conjunta de ambas Cámaras del Congreso, dos de los cuales deberán ser: uno a propuesta del Defensor del Pueblo de la Nación, y el otro a propuesta de la Auditoría General de la Nación.

Este órgano debería estar ya en franco funcionamiento para cumplir con los propósitos de la norma. Los artículos 23 a 25 de la ley 25.188 aún no se cumplen, otro ejemplo de inconstitucionalidad por omisión.

Rodolfo Terragno<sup>19</sup> al proponer la integración de la comisión refirió que los propios organismos no tienen intención de cumplir la ley. Tiene razón y los máximos responsables institucionales no dan el ejemplo.

Expresó que “la CSJN por acordada Nro 1/2000, resolvió que los miembros del tribunal no presentaran sus declaraciones juradas ante la Comisión de Ética Pública sino ante la Administración General de la Corte. El fundamento de tal acordada fue la independencia de poderes, dado que la Comisión de Ética Pública funcionaría “en el ámbito del Congreso”. Por la misma razón, la Corte decidió no designar un representante ante dicha Comisión. De esta manera, el organismo –no pudiendo declarar de oficio la inconstitucionalidad de la ley— dispuso violarla mediante una acordada...”

La Cámara de Diputados de la Nación instaba a constituir la comisión pero no la constituye ella como órgano, pese al impulso que le dio el entonces ministro de Justicia doctor Vanossi se concluyó que “el Poder Ejecutivo no nombrara a su representante mientras el Congreso no cree la comisión. La Subsecretaría Técnica de la Presidencia se opuso a la sanción del decreto dado que, no estando constituida la Comisión de Ética Pública en el ámbito del Congreso, no existía la vacante que se pretendía cubrir”.

He aquí la CONADEP de la corrupción que tanto se proclama desde distintos sectores políticos. Ya está, solo basta con cumplir la ley.

En efecto, la ley 25.188 pretendió abordar el tema con la intención de erradicar la corrupción sistémica. Es necesario analizarla con una cuota de optimismo, pues la democracia, como sistema perfectible, necesita de controles. La ley es uno de ellos, mas la ley empieza siendo violada por omisión de los máximos poderes constituidos del país. Un mal comienzo.

Se suma ello que la Argentina es signataria de entre otros instrumentos internacionales, de la Convención Interamericana contra la Corrupción de la Organización de Estados Americanos, celebrada en Caracas, Venezuela (C.I.C.C ) ratificada por la Ley 24.759 de 1997, y por la ley 25.319 en el

---

<sup>19</sup> Terragno, Rodolfo en “ [www.terragno.org.ar](http://www.terragno.org.ar)” proyectos presentados.

año 2000 se aprobó la Convención sobre la Lucha contra el Cohecho de Funcionarios Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción fue ratificada Ley 26.097 de 2006.

El Comité de Expertos que realiza el seguimiento del cumplimiento de la C.I.C.C encontró numerosas asignaturas pendientes; en el 2003, en el “Informe sobre la implementación en Argentina de las disposiciones de la Convención”, recomendó “asegurar la efectiva aplicación de la Ley 25.188 para todos los empleados y funcionarios del gobierno, incluyendo los de los poderes legislativo y judicial así como los de la Procuraduría General” y “resolver los problemas que surgen del mandato legal de integrar la Comisión Nacional de Ética Pública y la falta de conformación de ésta.

Las organizaciones no gubernamentales abocadas al tema insisten en la profundización de la lucha contra la corrupción desde distintos ángulos, principalmente el cumplimiento de las normas legales, y la puesta en prácticas de controles administrativos.

En los regímenes provinciales ocurre una situación similar. Es que la gran proliferación de normas punitivas no tiene el efecto disuasorio esperado.

#### **6.-Imperiosa necesidad de tipificación del delito de enriquecimiento ilícito como traición a la patria:**

No se puede luchar contra la corrupción solo con el derecho penal pero no se puede luchar sin el derecho penal.

Por ello sostenemos que no puede reducirse pues al delito de enriquecimiento ilícito previsto en capítulo IX bis del título XI, mal ubicado y peor sistematizado en la aplicación del mismo como efectivo control y ulterior sanción. Es un delito contra los poderes públicos y el orden constitucional.

De la constitución surge el principio jurídico estructurante y cambia el paradigma de análisis de la cuestión legal como expresa Lorenzetti<sup>20</sup> ya que “el derecho tiene una regla fundamental de la que derivan las demás” como expresa este autor, su existencia <sup>21</sup>y que es justamente el art. 36 de la constitución nacional la norma habilitante.

Existe una diferencia notoria entre la norma de habilitación constitucional que protege el bien jurídico constitucional, con la norma penal que debe proteger el bien jurídico concebido por la constitución.

Es evidente que el tema abordado tiene un rol diferenciado y específico, una función distinta, bienes jurídicos diferentes, y una comunicación detallada del injusto emitida con claridad cuya dimensión y contundencia resulta imposible de desconocer; mas pasamos revista a estas cuestiones.

Gordillo explica acertadamente que “Según el art. 77 del Código Penal “Por los términos «funcionario público» y «empleado público» usados en

---

<sup>20</sup> Lorenzetti, Ricardo Luis “Teoría de la decisión judicial. Fundamentos de derecho.” Ed. Rubinzal Culzoni. Santa Fe 2008 pag.23.

<sup>21</sup> Lorenzetti, Ricardo Luis ob cit. pag 69.

este código, se designa a todo el que participa accidental o permanentemente del ejercicio de funciones públicas, sea por elección popular o por nombramiento de autoridad competente.”

La expresión tiene aquí un significado amplio, que excede a quienes integran los cuadros de la administración. El art. 268 (2), se refiere a “un cargo o empleo público.”... La Convención Interamericana contra la Corrupción (ley 24.759) se refiere a “los actos de corrupción en el ejercicio de las funciones públicas y los actos de corrupción específicamente vinculados con tal ejercicio.” (Art. II.2.) El art. I define en forma equivalente su aplicación a “cualquier funcionario o empleado del Estado o de sus entidades” y aclara que se incluye la función pública “temporal o permanente, remunerada u honoraria.” Igual definición amplia de funcionario público encontramos en la ley 25.319, convención internacional contra el soborno transnacional y el lavado de dinero... Además, la Constitución de 1994 unifica en el art. 36 la responsabilidad política con algunos tipos de responsabilidad penal, con lo cual se remite nuevamente al concepto *penal* amplio y sin distinciones. Cabe recordar en tal sentido que el Código Penal invierte la carga de la prueba en materia de enriquecimiento ilícito de los funcionarios o empleados públicos... entendido con criterio amplio: “Cargo o empleo público,” lo cual es coherente con la norma interamericana contra la corrupción, antes citada”.<sup>22</sup>

Por ello podemos señalar sin equívocos que el funcionario público tiene un rol diferente al del ciudadano común, entendiendo que rol es “un sistema de posiciones definidas de modo normativo, ocupado por individuos intercambiables, se trata, por tanto de una institución con base en personas. Las expectativas dirigidas al portador de un rol configuran un esquema de interpretación cuyo concurso es imprescindible para que puedan adquirir un significado socialmente vinculante las acciones individuales...” explica Jakobs.

En este segmento parcial se asigna a cada funcionario, como persona y miembro de la comunidad, un rol y actividad específica, el que está sometido enteramente a su vigilancia de modo tal que deberá administrar correctamente esa esfera de responsabilidad para que no lesione ni invada otras ajenas. Por ello, se afirma que el rol social desempeñado por cada persona en concretos espacios de interacción define la medida y alcance de su responsabilidad por la gestión de cada parcela social cuya competencia tiene asignada de manera específica, diferente a otros ciudadanos.

Esa posición o status distinta del funcionario, en un ámbito diferente (administración pública) genera expectativas sociales vinculantes para él y para la sociedad conforme el papel que le corresponde desarrollar. Son precisamente estas expectativas esenciales para la convivencia social las que han de garantizarse jurídico-penalmente. De ahí que el Derecho penal y el marco social en que aquél tiene lugar son inescindibles, lo que debe

---

<sup>22</sup> Gordillo, Agustín “Tratado de Derecho Administrativo Tº III . capXIII pag. 389 y sig.

adecuarse siguiendo el diseño constitucional del art. 36 de nuestro máximo ordenamiento.

Tiene pues, el funcionario, en función de su rol una “incumbencia específica” impuesta por el ámbito de organización (administración pública) y por ello le corresponde todo un conjunto de atribuciones –que son distintas a derechos – y obligaciones a los que indefectiblemente están sujetos los funcionarios como personas, en tanto ejerzan y pretendan ejercer dicho papel. Éste es el contenido material del rol social y el que, como se viene sosteniendo, delimita las esferas de responsabilidad perteneciente a ellos de manera particular y diferente al ciudadano común. Define ello el dato formal de su actividad en la administración del Estado, y lo material la actividad específica y diferente al ciudadano común.

Esta particular posición de la persona, como funcionario, tiene una regulación específica base de la imputación objetiva ya que le garantiza un ámbito de desenvolvimiento con límites, impuesto por la norma jurídica con la obligación de respetar su posición social, que la quebranta cuando no cumple con la expectativa social puesta en él.

El quebrantamiento de su rol genera una grave alteración en el mundo jurídico-social- y esta idea y situación tiene una concepción jurídica objetiva receptada por el derecho penal, pero a través de la habilitación constitucional que le impone el art.36 de la carta magna.

El funcionario quebranta su rol administrándolo de manera deficiente y por ello debe responder penalmente como expresa Jakobs.<sup>23</sup>

De allí también es que, por ello, se genere dos situaciones, imputación jurídica por el comportamiento, tipo, y el resultado logrado por ese comportamiento disvalioso, objetivamente imputable que da la “imputación objetiva del resultado”.

¿Cuál es el fundamento o razón de esta aseveración? Sin dudas la situación de “poder”, “potestad” “imperium”, prerrogativa propia de la función, etc, que por más que tenga límites precisos propios del estado de derecho en el llamado “principio de legalidad” y como medio genérico “la legalidad administrativa” donde las acciones, funciones, prerrogativas, atribuciones etc están detalladas y especificadas para poner límite a su actividad, ello justamente se efectúa como una garantía a favor del ciudadano común que es quien con su voluntad dota de dicho poder o potestad al funcionario, ora de manera directa, ora de manera indirecta.

**6.1. El principio de confianza:** El núcleo conceptual de este principio estriba en que a pesar de la constatación de los errores de los demás, se autoriza a quien realiza una actividad arriesgada a confiar en el comportamiento socialmente adecuado de aquéllos, y pasa a ser un eje en el sistema de imputación normativa ya que se promueve la comunicación social sin necesidad de interferencias.

Esto, en los delitos de corrupción, adquiere ribetes mayúsculos ya que es, tal vez, el principal principio que se vulnera. La confianza no solo es un

---

<sup>23</sup> Jakobs, Gunther “La imputación objetiva en derecho penal” Ed. Ad Hoc Buenos Aires, 2014 pag. 25

presupuesto legal con la que el funcionario se inviste con el acceso al cargo o función, sino que constituye un presupuesto material de cada acto que realiza.

La confianza no deriva solo del ordenamiento jurídico sino de una expresa manifestación de toda la sociedad, de manera directa o indirecta. El accionar doloso del funcionario, es pues, una violación superlativa a la relación social. Ese vínculo le dota de poder o imperium diferente al de las personas comunes, y le da potestad para la administración de bienes colectivos impide la adecuada división del trabajo social.

Defrauda las expectativas, viola la confianza, y toma (descuida o desbarata) recursos públicos para su propio provecho.

El principio de confianza es la base de las relaciones de poder en el caso del funcionario.

El funcionario tiene una jerarquía superior en la división del trabajo social basada en la confianza expresa de la víctima a la que perjudica concretamente y también defrauda, toda vez que su misión es satisfacer las expectativas colectivas propias de su rol y función, dado por un status especial al que se accede por la voluntad de la víctima de su accionar: toda la ciudadanía.

Se agrava esta situación ya que algunas formas comisivas del delito se perpetran en complicidad con quien tiene un poder económico y una actividad que el funcionario debe controlar, y lejos de hacerlo, articulan una acción común para perjudicar al ciudadano burlando la confianza y hasta una relación vertical que desde la función pública se tiene con este.

Más allá de la derivación constitucional como fuente del derecho punitivo concreto de la especie, es dable señalar que la caracterización del modelo sancionatorio en el cual se inscribe la política criminal específica siempre precisa cuestiones como “lucha contra la corrupción”, exterminar el flagelo Etc. La violación al principio de confianza fundado en la doble defraudación a la voluntad específica de la sociedad con la que se accede a la función pública; y simultáneamente al mandato legal caracteriza el delito como “ de especial peligrosidad ya que afecta al sistema de convivencia mismo y permite discernir que a partir del diseño constitucional y las funciones específicas de los miembros de la sociedad, el sistema normativo tuitivo de bienes jurídicos como expresión de valores concretos, divide su accionar punitivo en una técnica positiva “ del derecho penal de enemigos que optimiza la protección de bienes jurídicos, el derecho penal del ciudadano que optimiza las esferas de libertad” señala Polaino Orts, citando a Jakos.<sup>24</sup> Esto ubica la actuación del funcionario en el marco de los arts.26 y 36 de la propia constitución en una situación diferente.

---

<sup>24</sup> Polaino Orts, Miguel “Derecho Penal del enemigo ¿Qué es? ¿existe? ¿puede existir? En “Derecho penal del enemigo. concepto jurídico-penal de acción en la dogmática contemporánea.” Ed. Mediterránea. Córdoba 2007 pag. 95

Es la constitución como norma de convivencia básica, primaria y fundante la que organiza la sociedad y dota a ella de acuerdo normativo que se habilita mediante reglas o mandatos infra-constitucionales, pero que derivan de aquellas. Se estructura la sociedad en base a normas aclarando que “la norma conforma la estructura social dotándola de un fundamento normativo. Ello se hace en función de las expectativas sociales. La sociedad ha de valorar, conforme a sus preferencias, que expectativas sociales han de ser protegibles, de manera que aquellas que lo sean rellanaran de contenido a las normas de esa sociedad... una norma será legítima si es una expresión concreta de una expectativa actual...” describe Polaino Orts justificando la legitimación de la existencia del derecho penal del enemigo más allá de los juicios de valor de los observadores.<sup>25</sup>

Nosotros sostenemos que esta concepción que describe una “especie excepcional del derecho punitivo” existe, y surge de los mandatos constitucionales justamente para preservar la existencia de la Nación en casos de guerra, y la existencia del Estado de Derecho en casos de paz y normalidad institucional, como surge de interpretar los arts. 119 y 29 de la Constitución Nacional. Uno pone límites a la acción estatal – art.119 traición a la Nación, otros 29 y 36 garantizan derechos colectivos.

**6.2. Bien jurídico diferente:** En los casos en análisis los bienes jurídicos no tienen titular específico y concreto y son de todos, y sometidos a merced del funcionario infiel, de manera tal que tal situación resulta un verdadero agravante para el funcionario.

No encuentran la tutela efectiva de otros bienes jurídicos similares que la propia constitución en su diseño sistémico deriva al sistema punitivo, tal los delitos concretos contra el orden constitucional de manera específica, ni cuenta ello con institutos de emergencia constitucional que morigeren el flagelo perpetrado por el accionar delictivo, y los fallos condenatorios, pocos si los hay, nunca lograron la reparación de perjuicios que obliga el art.29 del código penal.

Todo ello obliga a nuestro sistema de derecho que deriva del texto constitucional a una revisión, ubicación y diseño de política criminal efectiva para asegurar el patrimonio colectivo que en definitiva es el bien jurídico concreto afectado, más allá de que, formalmente, las distintas figuras diseñadas por el sistema punitivo señalen que se protege el normal y regular funcionamiento de la administración, o el patrimonio de esta, cuando en realidad esta expresión simbólica, debe expresar la realidad concreta: el patrimonio estatal no es sino propiedad común y colectiva de todos los componentes de la sociedad.

En resumidas cuentas, el mandato constitucional que ubica a quien “atentara 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

---

<sup>25</sup> Polaino Orts, Miguel ob cit. pag.117 y sig.



públicos” debe ser un delito contra el orden constitucional y el sistema democrático y no un delito común contra la Administración pública.

El sistema constitucional obliga, con este particular distingo, a considerar esta especie, distinta a la del ciudadano común.

Esta situación del derecho constitucional penal es netamente descriptiva ya que surge de lo expuesto en función de la propia constitución nacional.

Ello es así ya que, el Estado como expresión organizada de la sociedad a través del derecho, tiene instrumentos jurídicos para afrontar emergencias institucionales que obligan a actuar para mantener la unidad sistémica del orden jurídico – político del país, ya que “el estado de necesidad traduce en todos los casos una crisis en la continuidad jurídica, un momento de tensión en que el derecho es impotente para dominar la sedición, la conmoción interior, la guerra civil o la invasión exterior. Esta situación crítica puede haberse originado por la acción de una parte del pueblo, sea por anarquía o por resistencia a la opresión, o por acción del gobierno incurso en opresión o en tiranía. En el lro de los casos, el poder emerge legitimándose a sí mismo mediante el estado de necesidad, para dominar la situación y restablecer la normalidad. En el segundo el pueblo legitimándose a sí mismo mediante el derecho de resistencia a la opresión, se impone al poder, lo capta, dando lugar a un nuevo poder o a un nuevo derecho. Lo que el estado de necesidad es para el gobernante, la resistencia a la opresión es para los gobernados” señala Fayt.<sup>26</sup>

La distinta gradación de las formas y modos de regular los atribuciones y deberes de los funcionarios y su limitación efectiva es la limitación legal o la legalidad administrativa con que el Estado establece y diseña sus funciones y en ello el rol del funcionario, y claro está, cuando existe un accionar ilícito en dicho ámbito, el ordenamiento jurídico prevé la sanción para evitar, justamente, que la maximización de la expresión de la resistencia provoque la máxima tensión dentro del sistema y provoque su ruptura ante la falta de respuesta.

El Estado de Derecho, que se precie de tal, prevé las respuestas para estas contingencias y no puede dejar de prever las garantías a los ciudadanos pero también la seguridad de la preservación del propio sistema político e institucional.

En ello adquiere gravitación el derecho penal como expresión punitiva en la protección de bienes jurídicos, función que es esencial y legitimante de su expresión como un subsistema de derecho, como explica Polaino Navarrete<sup>27</sup> y como este refiere, si la acción penalmente relevante es un atentado contra la convención constitutiva de la sociedad, que afecta el

---

<sup>26</sup> Fayt, Carlos Santiago Derecho Político Tº II, Ed . Depalma, Buenos Aires, 1995 pag 119.

<sup>27</sup> Ver Polaino Navarrete, Miguel en “ porque existe y para qué sirve la pena en la función actual del derecho penal : bien jurídico vs. Vigencia de la norma”. “ El derecho penal ante la criminalidad de núcleo. Una respuesta desde el Estado de Derecho” de Gunther Jakobs; Polaino Navarrete, Miguel y Polaino Orts, Miguel” El derecho penal y procesal penal hoy Nº 2 .Director Jorge E Buompadre Ed Contexto. Resistencia 2011

sistema de convivencia mismo, el derecho penal como prevención y ulterior sanción debe resguardar.

Es bien sabido que una legislación que avanza más en la protección de un bien jurídico específico reduce más la esfera de libertad de una persona, y si bien debe cuidarse el principio de “ cogitaciones poenan nemo patitur – el pensamiento no delinque- es todo el cuerpo social el que se debe tutelar.

Cuando una persona compromete, por medio de su actividad de manera permanente, y en este caso abusando de su rol, la estabilidad del Estado, se produce una erosión intolerable de la seguridad cognitiva del ordenamiento jurídico. “No se trata de un desliz de la comunicación defectuosa cometida, de manera aislada, por un sujeto que presenta idoneidad comunicativa para adecuar su comportamiento a la norma. Antes bien, esa conducta constituye un ataque a las bases mismas del sistema social, que determinan que el resto de los ciudadanos respetuosos de la norma ya no puedan confiar en que su status personal se mantendrá inalterable, precisamente porque existen ciertos elementos de inestabilidad que impiden dicha confianza” apunta Polaino Orts.<sup>28</sup>

La perturbación del delito( comunicación defectuosa) realizada por quien debe cuidar la norma, y con ello el funcionamiento del sistema, aprovechando el rol( funcionario público) que tiene en la división del trabajo social, violando groseramente el principio de confianza ( la sociedad le ha votado y con ello le da un mandato para que la represente) nunca puede ser equiparado a un delito- falla en la comunicación- perpetrado por un ciudadano común, que se aparta circunstancialmente de su rol y realiza la conducta prohibida, ya que su rol y función en la sociedad es diferente.

**7. La situación en el marco del derecho penal:** la ubicación dentro del sistema constitucional que asimila a los “enemigos de la Patria” o a los “infames traidores a la patria” que atentan contra el sistema democrático a los que asimila el art. 36, con más la marcada posición del miembro informante del proyecto de modificación del referido artículo que se plasmó en la convención constituyente de 1994, nos imponen la necesidad de un abordaje diferente y especial en esta cuestión.

El fenómeno social visto de la perspectiva más amplia y notoria, bien descrito por Buompadre de “la apertura de fronteras y los procesos de democratización de muchos países fueron el disparador de la irrupción de organizaciones delictivas que se dedican, entre otras actividades (por ejemplo trata de personas con fines de explotación, el tráfico de drogas en gran escala). Se comienza a percibir la internacionalización de la delincuencia ...fenómeno que ha ido creciendo de manera alarmante, potenciando sus efectos negativos sobre la sociedad y los estados, en consonancia con el enorme progreso experimentado por la tecnología y los

---

<sup>28</sup> Polaino Orts Miguel “Derecho Penal del enemigo” desmitificación de un concepto. Ed Mediterránea Córdoba 2006 pag-. 122.

medios de comunicación, posibilitando el desplazamiento de grandes masas de bienes y personas hacia los lugares más remotos y a grandes distancias ...ello ha generado la transferencia ilegal de capitales y activos adquiridos de manera ilegítima...”<sup>29</sup>Esto no recibió del Estado una respuesta sistémica, sino espasmódica, menos preventiva y con poca o nula capacidad represiva; por el contrario una inflación legislativa de contenido neo punitivista exaltando el llamado derecho penal máximo fue la respuesta, por un lado, y desde el punto de vista procesal posibilitando o permitiendo medidas de corte probatorias en la investigación sin el control debido que permite la constitución al ciudadano que delinque.

Se ha llamado a este modelo de respuesta que surge del Estado de Derecho “derecho penal del enemigo” ya que el infractor pretende la destrucción de bienes jurídicos colectivos que hacen a la organización estatal y a bienes y valores sociales muy sensibles como ser la vida, la libertad o la salud integral de la población.

Se lo piensa para combatir el terrorismo u organizaciones internacionales como el narcotráfico.

Es que delincuente, en estos casos, no viola solo la comunicación normativa que prohíbe la conducta, sino que atenta contra el cuerpo social en su conjunto, de allí esta caracterización. Atenta y pone en peligro el propio sistema de convivencia social.

Ahora bien ¿no es esta la ubicación sistémica que habilita el texto constitucional en los referidos arts. 29 y 36 de la ley suprema, en armonía con los arts 1 y 33? ¿El traidor pasa de “amigo a enemigo”?

El precedente descriptivo- prescriptivo de la norma de habilitación constitucional, más este cuadro de situación mundial, nos permite aventurar esta descripción que se subsume dentro de la disposición normativa de la ley suprema.

Dada la extensión de la traición a la nación; traición a la patria y su asimilación por la extensión del concepto, de los delitos de corrupción que conlleve enriquecimiento ¿no es algo peor o más grave que el enemigo a la luz de la teoría del llamado “derecho penal del enemigo”? ¿No se instituye algo asimilable o más intenso que el derecho penal del enemigo cuando se describe un derecho penal de la traición a la patria?

Partiendo de la base conceptual que enemigo es aquel que abierta y francamente tiene un enfrentamiento total con alguien, algunos o todos los que no comparten su postura, pensamiento o acción, buscando con odio la destrucción de estos; en tanto traidor es quien se dice parte de una concepción o de un grupo, y no obstante su posición de pertenencia( supuesta o debida) deliberada y arteramente quebranta la fe jurada, la lealtad comprometida o el compromiso funcional; con engaño y malicia,

---

<sup>29</sup> Buompadre, Jorge “prólogo al libro “El derecho penal ante la criminalidad de núcleo. Una respuesta desde el Estado de Derecho” de Gunther Jakobs; Polaino Navarrete, Miguel y Polaino Orts, Miguel” El derecho penal y procesal penal hoy Nº 2 .Director Jorge E Buompadre Ed Contexto. Resistencia 2011. Pag 14

en lugar de defender la posición o situación a la que pertenece, actúa en sentido contrario provocando el daño inesperado para el grupo o facción.

Jakobs, partiendo de la descripción del contrato social que articula las relaciones sociales a punto de formar el Estado, tomando las pautas de Kant desarrolla los conceptos de persona, la que puede salirse de la comunicación estipulativa que diseña una norma y cometer un delito; y el enemigo aquel que violenta bienes jurídicos que pone en peligro la seguridad de todos, para sintetizar telegráficamente los conceptos.

La persona como “ser reconocido por la sociedad cotidianamente y en su conjunto, como portador de derechos y deberes” aunque comete delitos, faltas o infracciones, en tanto que el enemigo “es esa persona a la que se le “recortan derechos, porque al menos parcialmente no se espera de ella una conducta futura adecuada a derecho y además considerablemente duradera. Si se llega a esta situación la persona será etéreo administrada en lo que se refiere a que sus derechos se recortan, y esa etéreo administración es incompatible con la personalidad”.<sup>30</sup>

Pasa a constituirse entonces como enemigo – traición mediante- aquel que atenta contra la Nación, en tiempos de guerra y conforme lo describe y precisa la constitución Nacional en su art. 119 y el catalogo punitivo en su art. 214, como la modalidad extensiva del 215.

El enemigo “de la patria” (por traición) es aquel que cuya modalidad de acción describe el art.29 ( y recepta el Código penal en su modificación introducida por la ley 23.077 arts.226 cc y sig,) lo amplía el art.36.

Quienes conceden poderes tiránicos solo pueden ser funcionarios públicos que violan el mandato legal y el mandato concreto de la soberanía popular. Lo refuerza y complementa el art. 36, en su primera parte, haciendo extensiva la acción a los ciudadanos que cometan los delitos contra el orden constitucional y el sistema democrático.

La segunda parte del art. 36 lo asimila con el traidor a la patria cuando lisa y llanamente dice que “atentara contra el sistema democrático quien incurre en grave delito doloso contra el Estado que conlleve enriquecimiento...” y por último en otra parte obliga a la sanción de una ley de ética pública como obligación de los poderes constituidos.

No hay que confundir el “delito grave doloso, del funcionario, contra el Estado que conlleve enriquecimiento” claramente asimilable al “traidor a la patria”, con una obligación estatal que impone la constitución al congreso, como se lo ha hecho con un reduccionismo incomprensible.

No se puede desconocer, pues, que el sistema constitucional obliga a la consideración del concepto de traidor y que, en consecuencia, el derecho penal tiene que tomar nota de tal mandato que diferencia y especifica esta situación diferenciándolo del ciudadano común.

---

<sup>30</sup> Jakobs, Gunther “En los límites de la orientación jurídica: derecho penal del enemigo” “ El derecho penal ante la criminalidad de núcleo. Una respuesta desde el Estado de Derecho” de Gunther Jakobs; Polaino Navarrete, Miguel y Polaino Orts, Miguel” El derecho penal y procesal penal hoy Nº 2 .Director Jorge E Buompadre Ed Contexto. Resistencia 2011. Pag 23.

La propia constitución nacional expresa este diseño como seguridad y prevención de todos los ciudadanos, a quienes se agrede, el enemigo (o traidor) es quien voluntariamente se “autoexcluye” del sistema democrático y del ordenamiento jurídico incurriendo en una “des-personalización, la que determina la situación en su totalidad”, ya que considera que el acto comunicativo que expresan esta modalidad delictual y la situación en que se coloca, revela que para él, la estructura social, el sistema democrático y el ordenamiento jurídico son irrelevantes, como dice Jakobs<sup>31</sup>

No puede concebirse que un Estado no pueda luchar contra instituciones ilegales producto de la criminalidad organizada, con estructuras criminales solidificadas, por ello el Estado se dota a sí mismo de estas reglas que surgen de la propia constitución nacional “para asegurar la unión nacional, afianzar la justicia, consolidar la paz interior, proveer a la defensa común...para nosotros, para nuestra posteridad y para todos los hombres del mundo que quieran habitar el pueblo argentino...”.

Va de suyo que esta situación es excepcional, especial y específica; por ello es que la Constitución Nacional tiene la sistematización concreta y singular ya que el Estado de derecho no puede padecer la ficción de que todos las acciones se miden y valoran de la misma manera, y esta situación debe tomar cuenta el derecho penal ya que también las sociedades o estados tienen un estado de necesidad que necesita del concurso de una legislación que asegure el derecho de todos ante el accionar de quien se excluye del sistema y no viola o agrede un solo bien jurídico particular, sino afecta los intereses, bienes y derechos de todos.

La concepción descriptiva del *derecho penal del enemigo* responde a un modelo funcional en el cual el valor prioritario es la estabilidad del sistema. Para ello el instrumento deberá ser útil y eficiente, y analizar su procedencia, aplicación de manera sumamente restrictiva. Jakobs sintetiza que esta concepción permite 1º) Un amplio adelantamiento de la punibilidad; 2º) Penas desproporcionadamente altas y 3º) Supresión o relativización de determinadas garantías procesales.

Se funda en la tutela anticipada propia de las alertas tempranas que provoca el hecho que es motivo de análisis y punición; aparece como una creación artificiosa de bienes jurídicos y en formulas elásticas e indeterminadas, poniendo el acento en la función del agente criminal y no tanto en el acto concreto; de allí los críticas que se formulan, aceptación, o la detracción de esta posición no admite posturas intermedias.

La imposición de la realidad hace afirmar a Silva Sánchez<sup>32</sup>, la existencia de tres velocidades actuales del derecho penal ya que, “una velocidad es propia de la parte del sistema penal en el que se aplican

---

<sup>31</sup> Jakobs, Gunther ob. cit pag.26/29.

<sup>32</sup> Silva Sánchez, Jesús María “la expansión del derecho penal-Aspectos de la política criminal en la sociedades postindustriales” Ed. B de F, Buenos Aires, 2006 y, en “ La expansión del Derecho penal, 2.ª ed., Civitas , Madrid, 2001, pags. 163-167

penas privativas de libertad, sosteniendo que aquí se deben mantener de modo estricto los principios político-criminales, las reglas de imputación y los principios procesales clásicos. Otra velocidad estaría formada por las infracciones sancionadas con penas pecuniarias o privativas de derechos, en donde podrían flexibilizarse las garantías de acuerdo a la gravedad de las mismas. La tercera velocidad sería la propia del derecho penal del enemigo, en donde coexisten la imposición de penas privativas de libertad y la flexibilización de las garantías penales y procesales, desde otra perspectiva filosófica este autor admite la existencia del mismo". Falta el derecho del traidor a la patria.

Desde luego que la utilización de esta concepción excepcional debe ser sumamente restrictiva y orientada solamente a preservar el sistema democrático e institucional, estrictamente reglado y que permita claramente determinar que el ciudadano común jamás puede ser alcanzado por esta concepción que coarte mínimamente las garantías que hacen a la "esfera de lo indecible" como expresa Ferrajoli, el "coto vedado" que señala Garzón Valdez o el "territorio prohibido" como expresa Norberto Bobbio.

Es en beneficio de los ciudadanos tener una legislación tutiva del sistema democrático, del ordenamiento jurídico y desde luego de los dineros públicos. De lo contrario ¿con que se solventaran las prestaciones básicas que el Estado debe brindar como servicios? ¿Cómo se cumplirán los derechos sociales que no tienen garantías específicas? si detrás de la hipócrita concepción de derechos programáticos se incumple con el mandato constitucional.

El peligro que anida esta concepción es la utilización por parte de mayorías ocasionales que pueden abusar de una legislación infraconstitucional y avanzar sobre lo que se busca proteger – las garantías del ciudadano común- lo que requiere sumo cuidado y en modo alguno debe ni puede alcanzar al ciudadano.

El populismo, muy proclive a la división amigo-enemigo, tiene una marcada tendencia a querer utilizar esta concepción y con una actuación de alta inflación legislativa de carácter neopunitivista lejos de proteger el sistema democrático, el ordenamiento jurídico y los dineros públicos, lo hace para acrecentar el poder y con ello "desarmar" al ciudadano.

La defensa institucional, del ordenamiento jurídico y la búsqueda de erradicar la corrupción estatal deben constituir una novel garantía para el ciudadano y no para el gobierno de turno o sus funcionarios, sea de la especie que sea; y ello solo se logra con la constitucionalización del ordenamiento jurídico, que la legislación inferior sea conteste con la constitución, que los actos y hechos sean conforme a la constitución, y es esta la que permite inferir que existen garantías irrenunciables, indelegables, inalienables etc, para los ciudadanos. Los funcionarios tienen prerrogativas, deberes y obligaciones que restringen por esa función, la plenitud de los derechos y garantías del ciudadano común,

siendo que este es el “soberano”, mientras aquel es mandatario y sujeto de control. Allí radica la diferencia del rol dentro del sistema.

El delicado equilibrio obliga a la estricta aplicación – siempre restrictiva- de esta concepción a lo que específicamente permite la constitución – arts.29 y 36- garantizando ampliamente lo que determina el resto de su articulado para los ciudadanos, en particular los arts.18,19 y 75 inc. 22 de la constitución Nacional, para evitar caer en deformaciones inconstitucionales por diseños infraconstitucionales motivados por una inflación legislativa que provocan por un lado un “derecho penal simbólico, cuando no un neopunitivismo producto de las circunstancias espasmódicas propias de la efervescencia de un clima social momentáneo que puede socavar las garantías constitucionales del ciudadano común ya que “derecho penal simbólico y el punitivismo mantienen una relación fraternal, y de esa unión surge el derecho penal del enemigo” acota Cancio Melia, <sup>33</sup>quien entiende que esta concepción es incompatible con el principio de hecho.

Si atendemos problemas excepcionales con instrumentos normales, puede que lo excepcional, por la insuficiente respuesta, se transforme en normal. Si el Estado de derecho no genera las defensas jurídicas del sistema puede existir Estado sin derecho.

**8.-La proyectada reforma del código penal y el delito de enriquecimiento ilícito.** Sin perjuicio de considerar que el Anteproyecto del nuevo código penal para la Argentina elaborado por un conjunto de juristas se cuida la sistematización y se avanza con criterios de uniformidad que dejan atrás modificaciones parciales e insuficientes que esperaron una reforma integral de hace casi 100 años que contienen figuras e institutos signados por el añejo positivismo; es un gran avance, pero en la especie que nos ocupa no aparece la evolución que si se muestra en otros aspectos, más bien un franco retroceso.

Así la figura del art. 268(2) en su actual redacción se contempla en el artículo 273 donde se troca la figura del enriquecimiento ilícito de funcionario público bajo el nombre de incremento patrimonial no justificado. La redacción propuesta para ella es así: *artículo 273. Incremento patrimonial no justificado. 1. Será reprimido con prisión de DOS (2) a SEIS (6) años y multa de TREINTA (30) a CIENTO OCHENTA (180) días, el funcionario público que, al ser debidamente requerido, no justificare la procedencia de un incremento patrimonial apreciable, suyo o de persona interpuesta para disimularlo, ocurrido con posterioridad a la asunción de un cargo o empleo público y hasta dos años después de haber cesado en su desempeño.*

*2. La persona interpuesta para disimular el incremento patrimonial será reprimida con la misma pena que el autor del hecho.*

---

<sup>33</sup> Cancio Melia, Manuel en “¿Derecho penal del enemigo? En “Derecho Penal del Enemigo” Gunther Jakobs, Manuel Cancio Melia, ed. Hammurabi. Buenos Aires, 2005, pág. 93 y sig.

3. *Las personas jurídicas podrán ser sancionadas por su participación en este delito, en los términos del presente Código.*

El cambio de la figura no altera su redacción y aunque enlaza correctamente la pena de multa, se incorpora la posibilidad de punición de las personas jurídicas y se elimina el texto que establece la equivalencia entre aumento patrimonial y disminución del pasivo.

Se mantiene la errónea “arquitectura” de la ubicación de esta figura dentro de los delitos contra la administración pública en el título XV, cuando debió estar, por lo que expusiéramos supra, en el título XIV “delitos contra los poderes públicos, el orden constitucional y la vida democrática”.

A nuestro juicio no se compadece con la recepción de la normativa propuesta ya que los ocupantes provisorios del poder que cometen este tipo de delitos, y en particular el enriquecimiento ilícito, peligrosamente urden un acuerdo como los titulares de los “poderes salvajes”, al decir de Ferrajoli<sup>34</sup>, que no son otros que los responsables de los entes corporativos que cooptan al funcionario inescrupuloso que rápidamente traiciona la confianza pública y comete el delito; siempre en contra del estrato más sensible, que sin dudas, se busca proteger con la modificación de todo el sistema punitivo propuesto.

En efecto, el diseño previsto en el art. 36 del anteproyecto tiene límites en cuanto a la inhabilitación y al respecto señala que “*Todo funcionario o empleado público que fuere condenado a pena de prisión, por un delito cometido en el ejercicio de sus funciones o aprovechando o abusando de su ocasión, sufrirá pena de inhabilitación por el doble del tiempo de condena, salvo disposición expresa de este código. Esta pena no excederá el máximo señalado por el inciso 1º*”, la fundamentación de la propuesta del anteproyecto expresa que “El inciso 4º prevé una inhabilitación accesoria para todo funcionario o empleado condenado a pena de prisión, cuando el delito hubiese sido cometido en ejercicio de éstas o aprovechando la ocasión o las facilidades de su empleo o función. Estas inhabilitaciones suelen disponerse en la Parte Especial y para determinados delitos. Se observa que estas previsiones suelen dejar serias lagunas de punibilidad que, si bien son cubiertas por el vigente inciso 1º del artículo 20 bis, caen en un casuismo que nunca es saludable. Por ello se proyecta prescindir de ese dispositivo y establecer una pena cuantificándola en el doble de la pena de prisión. En el Libro Segundo se mantienen, por tanto, sólo las previstas que excedan de esa cuantía y las que correspondan a delitos no penados con prisión

No se trata de una pena en consideración a la persona, sino a la función y, además, no sólo a ésta, sino a la relación que guarde el delito con ella.

---

<sup>34</sup> Ferrajoli, Luigi “la democracia a través de los derechos “ Ed Trotta España 2014...” cap IV la crisis actual de la democracia constitucional donde pone esta cuestión como uno de los grandes males que afectan al sistema. Pág. 135 y sig.



De cualquier modo, esta inhabilitación no podrá superar el máximo legal de la pena, o sea, los veinte años antes establecidos....”

La finalidad que inspira esta propuesta concreta tiene fundamento en que no “... se observa ninguna razón práctica para mantener una incapacidad para desempeñar funciones públicas a quien ha cumplido su pena, salvo los casos en que esto resulte indicado y que, por ende, serán objeto de la respectiva pena de inhabilitación. Cabe observar que, dada la amplitud del concepto de *empleado público* se ha objetado que cualquier condenado, una vez cumplida la pena, no podría desempeñarse como operador de limpieza municipal, por ejemplo; más aún, se le niega la licencia de conductor de vehículos de alquiler en la Ciudad de Buenos Aires” que es válido como criterio genérico, pero no debería alcanzar esta especie delictual.

A nuestro juicio la consideración especial y específica de este tipo delictual amerita – sobre todo el enriquecimiento ilícito- que la persona condenada tenga inhabilitación perpetua para ocupar cargos públicos, ya que se da la hipótesis del art. 29 y 36 de la Constitución Nacional, es un traidor a la patria, que por ello no debería ocupar cargos públicos, y ello en la correlación de derechos, atribuciones y deberes, significa una garantía que deben tener los ciudadanos, lo que desarrollaremos más adelante.

Lo mismo sucede con la multa, en el caso específico no se debería aplicar el criterio expuesto en la fundamentación del anteproyecto ya que, si bien es cierto el criterio general que “...*La pena de multa, como todas las penas, debe respetar los principios generales del artículo 1º de este anteproyecto y, por lo tanto, no puede resultar desproporcionada por excesivamente gravosa para el condenado. Se trata de que éste experimente una disminución en su nivel de vida o en sus ingresos, pero no que pase padecimientos que, además, por regla general, trascienden a su familia o allegados o afectan el desarrollo de la vida posterior del penado...*” se trata de un delito que carcome no solo las finanzas públicas, sino el normal funcionamiento de la administración y que tiene el reconocimiento constitucional como un modo de afectar el sistema democrático y la forma de gobierno republicana, como al mismo orden constitucional, de manera tal que requiere la consideración que le impone como mandato la constitución nacional al congreso como poder constituido.

El criterio en torno a la prescripción de la acción penal que puede aplicarse a estos tipos delictuales se funda en el argumento que sostiene que “La suspensión de la prescripción respecto de funcionarios públicos, en forma indiscriminada y extensiva a todos los intervinientes, es de muy dudosa constitucionalidad, además de ser irrazonable. La suspensión se explica en términos razonables cuando alguno de los intervinientes siguiere desempeñando una función pública desde la cual pudiera impedir o dificultar la investigación del caso, pero no más...” lo que colisiona con el criterio que se señala, con justos motivos y razones, que estos tipos delictuales tienen que ser imprescriptibles en razón de que afectan el orden constitucional.

Creemos que la propuesta expuesta en el título VII es saludable y clara dejando la potestad de la aplicación de las distintas formas de decomiso al juez, como reemplazo de la ley 25.815 ya que el propósito es plausible en cuanto se tiene "...en cuenta que el decomiso tiene suma importancia no sólo punitiva sino también preventiva y reparadora, en especial en los casos de delincuencia altamente organizada, la reconstrucción que se intenta apunta fundamentalmente a ésta, procurando, por ende, evitar que se convierta en una consecuencia confiscatoria en casos de menor importancia..." más aun, en el decomiso del provecho del delito que retorna al Estado encuentra el fundamento en el criterio reparador de la acción judicial ya que afianza la justicia y tiende a asegurar el bienestar general afectado por el delito perpetrado contra el orden constitucional al sustraérsele recursos al Estado.

**9.- Necesidad de modificación de la política criminal :** En apretadas síntesis, creemos que las penas de multa e inhabilitación deben ser modificadas, como también la prescripción para este tipo delictivo ya que encontramos una consideración muy hospitalaria para el funcionario infiel, y por esta misma razón debería ser revisado el criterio en cuanto a la prescripción de la acción.

Si bien las leyes 25.188 y 25.990 modificaron el régimen de la prescripción de la acción de manera plausible, ya que en el art. 67 del Código Penal señala en la parte pertinente "...la prescripción también se suspende en los casos de los delitos cometidos en el ejercicio de la función pública, para todos los que hubiesen participado, mientras cualquiera de ellos se encuentre desempeñando un cargo público" y seguidamente dispone " cuando el curso de la prescripción de la acción penal correspondiente a los delitos previstos en los arts. 226 y 277 bis, se suspenderá hasta el restablecimiento del orden constitucional", guardando armonía con la reforma de la constitución de 1994 y con la ley de defensa del orden constitucional 23.077.

No en vano se han presentado proyectos de leyes para modificar el régimen de prescripción en este sentido abonando el criterio de la ubicación sistémica de esta materia en la propia constitución, y en base a los citados tratados internacionales de los que nuestro país fue signatario, tal la ley 24.584 "Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad" de la Organización de las Naciones Unidas, dictada el 26 de noviembre de 1968 (resolución 2391), ratificada por la República Argentina, por dicha norma el 1 de noviembre de 1995, donde se estableció que los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad son imprescriptibles, cualquiera sea la fecha en que se hayan cometido y se equipara a estos delitos los llamados delitos de corrupción.

De los fundamentos del proyecto se extraen los motivos "*uno relativo a la eficacia de la política criminal y otro de carácter axiológico. Desde la primera óptica, la imprescriptibilidad se funda en que suelen existir impedimentos para perseguir y juzgar los crímenes contra la humanidad que*

*se extienden en el tiempo y que por ende determinan la impunidad si se deja sujetas sus acciones a los plazos de prescripción. Ello ocurre porque los delitos son generalmente cometidos por funcionarios estatales que permanecen a resguardo de la persecución penal en el tiempo por dos circunstancias: la primera, porque los responsables permanecen en el aparato del poder de facto o al amparo de él sin que durante la subsistencia de aquel los tribunales tengan poder de imperio para juzgarlos. La prolongación de esa situación en el tiempo deriva en la prescripción y en la impunidad. Por otro lado, y tal como lo demuestra la historia, los autores y partícipes en delitos de lesa humanidad, ante el advenimiento de la caída del régimen que ha servido de vía para su consumación, suelen utilizar los medios del aparato estatal de los que todavía disponen para facilitarse a sí mismos la fuga y el ocultamiento, situación que puede prolongarse por años...”, entendiéndose que existe una obligación estatal ya que “...la Ley 26.097 la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, firmada (2003), la cual dispone que “cada Estado Parte establecerá, cuando proceda, con arreglo a su derecho interno, un plazo de prescripción amplio para iniciar procesos por cualesquiera de los delitos tipificados con arreglo a la presente Convención y establecerá un plazo mayor o interrumpirá la prescripción cuando el presunto delincuente haya eludido la administración de justicia...” (art. 29).*

*Vale decir que existe una norma de jerarquía superior a la ley que obliga al menos a ampliar los plazos de prescripción existentes y que se encuentran sujetos a la escala penal, de acuerdo con el sistema del Código como lo refiera el autor del proyecto.<sup>35</sup>*

En tanto otros legisladores, Adrián Pérez, Gilberto Alegre y María Liliana Schwindt, mediante similar proyecto<sup>36</sup> abrigan igual propósito solo que esta vez el enfoque de la pretensión legislativa tiene sustento en el art. 36 de la Constitución nacional.

El proyecto de la Dra Carrio, que regula parte del art.36 de la constitución Nacional sobre la restricción para la concesión de indultos, amnistías y conmutación de penas claramente da en el núcleo del problema de la corrupción ya que : 1º) ubica al tema como integrando los bienes jurídicos constitucionales tutelados por las garantías emergentes de los arts.29 y 36 de la constitución nacional y asimilables a la traición a la patria sin que expresamente lo señale, 2º) propone la imprescriptibilidad de los mismos, y en sus fundamentos señala “El artículo 36 de la constitución establece expresamente también la misma prohibición para los delitos contra el orden institucional, el sistema democrático y por ende incluye a los graves delitos dolosos contra el Estado que conlleve enriquecimiento. En tanto por un lado las disposiciones del art. 36 como una interpretación armónica de la constitución nacional nos llevan a

---

<sup>35</sup> Diputado Asseff: proyecto de ley para establecer la imprescriptibilidad de los delitos de corrupción de los funcionarios públicos establecidos en el art. 36 de la Constitución 6/12/2013.

<sup>36</sup> Expte 4461-D-2014- legislación penal- Honorable Cámara de Diputados de la Nación.

concluir que ningún delito previsto expresamente en la letra de la constitución puede ser objeto de los beneficios del indulto, la conmutación de pena o amnistías.

Es el proyecto que más se equipara al propósito de la pretensión de esta propuesta y la fundamentación con la que la sostenemos.

También es digno destacar que en el marco de un proceso judicial de larga duración, producto incluso de los mecanismos casi abusivos dilatorios so pretexto de un derecho de defensa, obligó a uno de los magistrados del más alto tribunal del país en la materia –la Cámara de Casación Penal- Sala 1<sup>a</sup>- a señalar que “... *las razones que fundamentan la extinción de la acción penal por prescripción de los delitos en los que el Estado no ha podido investigar y sancionar eficazmente a sus eventuales responsables en un tiempo prudencial, resultan incompatibles -al menos- con aquellos casos en que los delitos fueron cometidos por quienes justamente pertenecen a ese sistema que fracasó en su persecución, esto es, a los funcionarios públicos...*” Reflejando que era un imperativo para los otros poderes del Estado para lo cual recordó el mensaje del 18 de junio del 2004 del entonces presidente Kirchner cuando en el mensaje del señalo “...*La corrupción socava la legitimidad de las instituciones públicas, atenta contra la sociedad, el orden moral y la justicia, así como contra el desarrollo integral de los pueblos. Ningún derecho humano puede ser efectivamente garantizado cuando el Estado se convierte en un instrumento de corrupción...Una prestación concreta para la paz de parte del Poder Ejecutivo Nacional... contributivo a la vigencia efectiva y no meramente declamatoria del derecho humano a la legalidad, estaría constituido por la remisión al Poder Legislativo de una ley que disponga la imprescriptibilidad de los delitos en los que hubiere participado un funcionario público*.”<sup>37</sup>

Estas ideas rectoras con pretensión de modificar, para el caso, el instituto de la prescripción tienen la finalidad impedir la impunidad por el mero transcurso del tiempo, y tienen el loable propósito de buscar la concreción justicia sobre el hecho concreto que se investiga y no que el proceso termine de un modo anormal y no sobre la verdad jurídica objetiva sobre un hecho y el análisis de una conducta disvaliosa.

Más, ello no nos asegura que un funcionario desleal pueda ingresar –nuevamente-a la administración ya que la inhabilitación es temporal cuando debió mantenerse la tacha de perpetuidad en dicho impedimento como sanción teniendo en cuenta el bien jurídico tutelado por la acción y la conducta desplegada por el funcionario.

Permitir que este funcionario tenga nuevamente una oportunidad de utilizar la función pública luego de una condena es francamente un despropósito, ya que siempre estos delitos son dolosos; y el funcionamiento de la administración pública como la plena conciencia del funcionario que comete el ilícito no admiten dudas que podrá reiterar el ilícito nuevamente.

---

<sup>37</sup> Voto del Dr Gemigniani en la causa IBM/ BANCO NACION año 2014

Se podrá señalar en este sentido que afecta la igualdad o más aun conspira contra la amplitud de la soberanía popular en el sufragio activo de la que la sociedad tiene derechos a elegir, mas todo Estado de Derecho que se precie no puede caer en la ingenuidad de no concebir resguardos que hagan a su funcionamiento.

No es la separación caprichosa de una persona de la posibilidad en la función pública, sino la idoneidad que señala el art. 16 de la propia constitución nacional que en este caso se erige como valladar para impedir que el funcionario condenado pueda acceder en el futuro a cargos públicos.

Esta idoneidad reglada en materia electoral o para el acceso a la función pública, entre tantas recepciones legislativas tiene que tener la acogida en la faz punitiva para resguardar a toda la sociedad, ya que reiteramos es esta la víctima o sujeto pasivo del accionar delictivo en estas especies de actos.

Es que más allá del decomiso y la sanción punitiva efectiva en materia de prisión, como también la multa, nada será más efectivo – a futuro- a fin de preservar los bienes jurídicos que son afectados por estas especies delictuales que la inhabilitación perpetua, ya que según la verdad jurídicamente demostrada por sentencia pasada en cosa juzgada si se comprobó que una persona actuó como “traidor a la patria” es impensable que deba tener otra oportunidad en este sentido.

Ello es así ya que el rol re-socializador de la pena en el caso del funcionario que comete este tipo de delitos carece de la significación o magnitud, puesto que el solo hecho de haber accedido a un cargo de representante- directo o indirecto- de la sociedad, según art. 22 de la constitución Nacional-, presupone conocimientos, educación, erudición y por ello es depositario de la confianza colectiva que luego desbarata y traiciona en el ejercicio de la función encomendada.

La pena de prisión del ilícito en su entidad punitiva no es – a nuestro juicio- la más significativa, sino que debe serlo la inhabilitación a perpetuidad, según la premisa del art. 18 de la carta magna “ las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no serán para castigo de los reos detenidos en ellas...” como contrapartida de la seguridad colectiva y teniendo en cuenta la naturaleza constitucional del ilícito analizado; la sanción- como expresión retributiva del ilícito en este punto- debería ser la inhabilitación a perpetuidad para que la sociedad, por lo menos con esa persona, no vuelva a padecer otro hecho que socave el funcionamiento del orden constitucional y el sistema democrático.

La pena de prisión en este sentido debe guardar la proporcionalidad necesaria con el hecho motivo por el cual no suscribimos las demandas de espectacularidad – y en algunos casos motivados por la especulación y el oportunismo- de pedir sanciones nominales durísimas a sabiendas que una inflación legislativa o el neopunitivismo ineficaz no aporta solución efectiva ya que conformaran un elemento más del paisaje que conforma un

derecho penal simbólico que lejos de solucionar los males más afligentes de la sociedad, los agrava.

Para nosotros un diseño de esta envergadura significara, por lo menos, poner resguardo de funcionarios infieles la ocupación del aparato estatal y la posible reiteración de daños a toda la sociedad, para lo cual es menester dar fundamento y sustento de esta afirmación a la luz de la evolución de la ciencia jurídica en este sentido.

Se argumentara que los tratados internacionales de los que nuestro país es signatario no permiten un diseño de esta envergadura y que la lesión sobre los derechos electorales del condenado por delitos de corrupción es desproporcionada, sin embargo cabe traer al debate lo resuelto por la C.I.D.H en el caso N° 10.804 'Rios Montt v. Guatemala' donde estableció que 'El derecho a la participación como candidato en una contienda política surge del artículo 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

El Estado puede reglamentar estos derechos y oportunidades por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena por juez competente en proceso penal, no es menor cierto que el artículo 32 de la Convención establece un marco de interpretación aplicable al cuando dice que los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común en una sociedad democrática...”, allí se observa la “ relevancia para el análisis de los otros instrumentos del sistema interamericano, en primer lugar la Carta de la Organización de Estados Americanos y los numerosos pronunciamientos a lo largo de la centenaria historia de la Organización, en cuanto reafirman al sistema democrático constitucional como base y objetivo de la acción del sistema y de sus Estados componentes, pues considera la Comisión que el contexto del derecho constitucional guatemalteco e internacional en que se ubica esta condición de inelegibilidad es la dimensión apropiada para el análisis de la aplicabilidad de la Convención en general, y de sus artículos 23 y 32 al caso concreto, y de la cual puede surgir el margen de apreciación permitido por el derecho internacional’.

Ese tribunal considero que ‘los principios de rechazo a la ruptura del orden constitucional, inhabilitación de sus líderes para altas magistraturas, y no reelección, fueron adoptados por considerarse principios jurídicos de relación internacional y de defensa común de la consolidación democrática de la región.

Recuerda la Comisión que esto debe analizarse de acuerdo a las circunstancias del caso y las concepciones jurídicas prevalecientes en el período histórico. Nuevamente aquí la Comisión debe reafirmar el carácter restrictivo con que debe utilizar ese margen de apreciación, el cual debe ser siempre concebido tendiente al refuerzo del sistema y sus objetivos...’

**10.-Derecho penal del enemigo y derecho penal del traidor a la patria:** es indudable que la descripción teórica del derecho penal del enemigo nos hace reflexionar que- guste o no- se encuentra presente en el

ordenamiento jurídico en distintas partes del mundo donde la Argentina no es una excepción.

No predicamos la aplicación de esta teoría en la especie delictiva que analizamos, sino la del traidor a la patria que tiene diferencias con esta en los siguientes puntos:

1º) Mientras el derecho penal del enemigo se presenta como un adelanto en las barreras de punibilidad para proteger el bien jurídico y se flexibilizan por ellos garantías procesales que conmueven el diseño constitucional en cuanto reconocimiento tuitivo de los derechos fundamentales de la persona; el derecho penal del traidor a la patria constituye una efectiva garantía constitucional que surge del texto mismo de la carta magna para garantizar los derechos sociales y colectivos de todos los ciudadanos y del sistema institucional mismo que lo sostiene.

2º) Mientras el derecho penal del enemigo prevé y dispone intensas medidas cautelares, apuramiento preventivo y sanciones punitivas de alta entidad en penas de prisión efectivas, el derecho penal del traidor a la patria debe contemplar – a posteriori de la configuración del ilícito- la pena más alta y efectiva en las accesorias de la principal- inhabilitación a perpetuidad (destierro y ostracismo cívico) decomiso y multas ejemplares, dado el móvil comisivo del agente.

3º) Mientras el derecho penal del enemigo, el ciudadano deja de ser persona para transformarse en enemigo del todo el sistema y atenta contra toda la comunidad porque eligió vivir al margen de la ley de manera permanente; en el derecho penal del traidor a la patria el ciudadano se transforma en funcionario público mediante la confianza- directa o indirecta – de los ciudadanos que en ejercicio de su soberanía popular le otorgan un mandato- directo o indirecto- de representación y gestión de negocios públicos por su cuenta y orden.

4º) Mientras que en el derecho penal del enemigo la actitud del agente- que deja de ser persona en los términos del derecho- es frontal, decidida y sin tapujos (verbg. Asociación ilícita, terrorismo, narcotráfico) el funcionario público (ciudadano) traiciona la confianza otorgada y con su deslealtad lesiona bienes jurídicos constitucionalizados y bienes jurídicos penales (los que merecen análisis por su inequitativa consideración). Desde un lugar de privilegio atenta contra los bienes jurídicos colectivos y sociales que debe satisfacer el patrimonio público.

Mientras que la sociedad se puede –y debe – defender de sus enemigos para garantizar la paz social, el orden, la seguridad para garantizar el Estado de Derecho, el traidor a la patria (funcionario que comete el acto de felonía) desde el mismo poder concedido por el resto de los ciudadanos, no solo viola el orden jurídico (comete delito y con ello infracción a la norma) lo hace violando el principio de confianza y la función que tiene en la sociedad.

El enemigo enfrenta a toda la sociedad y por ello se margina de ella. El traidor usa la confianza y la función dada por los ciudadanos para su propio provecho.

5º) El derecho penal del enemigo puede acordar, por distintos motivos, formas de resolver conflictos y evitar daños sociales graves a futuro utilizando herramientas constitucionales como indulto, conmutación de penas y amnistías con lo que el enemigo se transforma en ciudadano, en tanto que para el derecho penal del traidor a la patria no está permitido indulto, conmutación de penas y amnistías, no en la pena de prisión que le puede corresponder por el delito, sino por las penas accesorias – inhabilitación que debe ser a perpetuidad, y decomiso y multas ya que el producto del ilícito contra la sociedad debe retornar a ella.

6º) Mientras el derecho penal del enemigo es creación del legislador que impone sanciones de características inflacionarias a modo de derecho penal simbólico con escasa efectividad; el derecho penal del traidor a la patria surge del mandato constitucional que protege bienes constitucionales y donde el legislador ordinario no ha diseñado aun las herramientas legales para que desde el ámbito punitivo el bien jurídico penal tenga la jerarquía y consideración que impone la constitución nacional, ya que la política criminal en este último está en ciernes y reclama que el poder político efectúe los cambios y modificaciones que corresponden.

Así las cosas, veremos cómo se efectuaron esfuerzos significativos para afrontar el problema que señalamos.

**11.-Una oportunidad perdida de efectivización garantística.** La reciente ley 27.063 que instituye el nuevo código procesal penal de la Nación importa un significativo avance para cumplir con los estándares que obliga el art.75 inc.22 de la Constitución Nacional en orden a los mandatos de la D.A.D.H, las resoluciones de la C.I.D.H y otros tratados internacionales, sino que como objetivos políticos de esta reforma consagran la reducción de los tiempos procesales con lo que se garantizan derechos, se mejora la calidad de investigación, con lo que se resguarda la búsqueda de la verdad real; se disminuye la utilización de herramientas procesales que dieron lugar al abuso como la prisión preventiva; se genera un marco de relaciones procesales que garantizaran el cumplimiento de las reglas del debido proceso, lo que redundara en la transparencia de la administración de justicia lo que queda evidenciado en “ la distribución de funciones entre fiscales y jueces, que contribuye a mejorar la capacidad de controlar la actividad judicial por parte del público y en consecuencia a reducir la corrupción en la administración de justicia...” como señala Solimine<sup>38</sup>, y si bien se reconoce los derechos de la víctima y la protección de los derechos concretos de la misma en el proceso, en materia de estos delitos específicos que constituyen el núcleo duro de traición a la patria, no encontramos la misma recepción legal.

Resulta plausible la recepción del art.78 que permite la participación en el proceso como “derecho de las víctimas”, pero en este tipo especial de

---

<sup>38</sup> Solimine Marcelo A “Bases del nuevo código procesal penal de la nación. Ley 27.063” Ed Ad Hoc Buenos Aires 2015. Pag.65



delitos no permite el control y menos aún la participación social, con lo que el mandato del art.36 de la constitución nacional resulta todavía una quimera.

Esta situación merece reflexión. El novel código procesal tiene la pretensión de seguir los lineamientos constitucionales y convencionales ya que el que impulsara el presidente Sarmiento, de acuerdo al art.24 de la Constitución nacional (1853/60) no prosperó (1873) y aunque este no satisface la totalidad de expectativas, sin dudas es un buen avance, mas pasaron casi...!!! un siglo y medio para tener un código de procedimientos acorde con la constitución!!!... como no vamos a seguir luchando para tener una política criminal que reconozca la garantía constitucional de la sanción del delito de traición a la patria cuando se trata de acciones criminales que conlleven enriquecimiento doloso y cometidos por funcionarios públicos si se trata, como en ningún otro aspecto, cuestiones de poder real, material y concreto.

Más allá del plausible avance que significa un código de matriz adversarial que cumple con los cánones constitucionales y convencionales la víctima de los delitos de corrupción perpetrados por funcionarios públicos que se subsumen dentro del mandato constitucional del traidor la patria no tienen cabida con capacidad de postulación o representación procesal.

El código adjetivo nacional reconoce los derechos fundamentales y en su artículo 78 hace una exhaustiva distinción de la calidad de víctima señalado que “...Este Código considera víctima: a) A la persona ofendida directamente por el delito; b) Al cónyuge, conviviente, herederos, tutores o guardadores en los delitos cuyo resultado sea la muerte de la persona con la que tuvieron tal vínculo, o si el ofendido hubiere sufrido una afectación psíquica o física que le impida ejercer sus derechos; c) A los socios, respecto de los delitos que afecten a una sociedad, cometidos por quienes la dirigen, administren, gerencien o controlen; d) A las asociaciones o fundaciones, en casos de crímenes de lesa humanidad o de graves violaciones a los derechos humanos siempre que su objeto estatutario se vincule directamente con la defensa de los derechos que se consideren lesionados y se encuentren registradas conforme a la ley; e) A los pueblos originarios en los delitos que impliquen discriminación de alguno de sus miembros, genocidio o afecten de un modo directo sus derechos colectivos reconocidos constitucionalmente...” aquí el ciudadano común, las asociaciones intermedias que bregan por la transparencia publica o asociaciones que luchan contra la corrupción estatal no tienen reconocimiento.

Tampoco se les reconoce como derechos de las víctimas en el art.79 que instituye “... La víctima tendrá los siguientes derechos: a) A recibir un trato digno y respetuoso y que sean mínimas las molestias derivadas del procedimiento ;b) A que se respete su intimidad en la medida que no obstruya la investigación; c) A requerir medidas de protección para su seguridad, la de sus familiares y la de los testigos que declaren en su interés, a través de los órganos competentes; y a ser asistida en forma

*especializada con el objeto de propender a su recuperación psíquica, física y social; d) A intervenir en el procedimiento penal, conforme a lo establecido por este Código; e) A ser informada de los resultados del procedimiento; f) A examinar documentos y actuaciones, y a ser informada verbalmente sobre el estado del proceso y la situación del imputado; g) A aportar información durante la investigación; h) A ser escuchada antes de cada decisión que implique la extinción o suspensión de la acción penal, siempre que lo solicite expresamente; i) A ser notificada de las resoluciones que puedan requerir su revisión; j) A requerir la revisión de la desestimación, el archivo, la aplicación de un criterio de oportunidad o el sobreseimiento, solicitado por el representante del Ministerio Público Fiscal, aun si no hubiera intervenido en el procedimiento como querellante; k) A participar en el proceso en calidad de querellante. La víctima será informada sobre sus derechos cuando realice la denuncia o en su primera intervención en el procedimiento...” Carecen las víctimas de la corrupción, que son los ciudadanos concretos también la posibilidad de asesoramiento técnico previsto para las víctimas en el art.80, y menos aún del asesoramiento especial que prevé y dispone el art.81 del mismo cuerpo legal.*

Es que víctima es “la parte lesionada que sufre el perjuicio o daño por la infracción. Es por lo tanto un criterio objetivo el que pretende determinar la calidad de víctima o de delincuente: quien comete la infracción o la omisión, es autor; quien sufre las consecuencias nocivas, es la víctima” explica Ramírez González.<sup>39</sup>

Otra oportunidad perdida por parte de los poderes constituidos de garantizar efectivamente la garantía innominada de la defensa de la sociedad por la traición a la patria que se realiza por actos de corrupción de funcionario público que conlleven enriquecimiento ilícito.

Antes decíamos, se perdió la oportunidad de ubicar este delito dentro de los atentados contra el orden constitucional y el sistema democrático en el proyecto de código penal sometido a consideración del Congreso de la Nación.

En las lógicas de las relaciones de poder, y sobre todo de la siempre existente tensión entre sociedad y gobernantes, o funcionarios y ciudadanos nunca las conquistas por más espacios de libertad, derechos o reivindicaciones para los sectores más vulnerables o débiles de la sociedad nacieron por decisión espontánea, y menos aún graciosa, de los gobernantes, siempre fue la ciudadanía la que reclamo, con más o menos énfasis sus derechos hasta lograr su reconocimiento.

En la historia del constitucionalismo como tal nunca existió reconocimiento espontáneo del poder resignando control de sus funciones y más transparencia de sus actividades para que la sociedad tenga un rol más activo, con esta situación que nos motiva a la reflexión ocurre lo mismo. Sera la ciudadanía la que exigirá el reconocimiento de esta

---

<sup>39</sup> Ramírez González, Rodrigo “La victimología” Ed. Temis, Bogotá. Colombia, 1983, pag.8.

garantía concreta que los poderes constituidos no le reconocen marcando un incumplimiento constitucional evidente.

**12.-Colofon:** por lo expuesto sostenemos que:

1°.- Existe una novel garantía constitucional de protección del patrimonio público y colectivo cuya titularidad puede ejercerla cualquier ciudadano más allá de la acción que pueda ( y deba) ejercer el ministerio publico fiscal. Este tema tiene especial relevancia por cuanto de los arts. 29 y 36 aparece un bien jurídico objetivo “la traición a la patria” que se comete por el funcionario público puesto que “atenta contra el sistema democrático quien incurre en grave delito doloso contra el Estado, quedando inhabilitado por el tiempo que las leyes determinen para ocupar cargos o empleos o públicos”.

2°.- El bien jurídico constitucional no tiene correspondencia con el bien jurídico penal. El reconocimiento constitucional se inscribe en el Capítulo 2° “nuevos derechos y garantías” que se incorpora a la dogmática constitucional con la reforma de 1994. Estamos como lo dijimos anteriormente, ante una nueva garantía constitucional que tiene un bien jurídico preciso y determinado, que es sin dudas el sistema democrático.

Estamos en presencia de un bien jurídico constitucionalizado por el propio mandato constitucional que expresamente lo indica con claridad y si bien tiene una categoría de bien jurídico institucional como ubica una calificada doctrina, aunque alude a instituciones básicas del sistema, que tiene a su cargo prestaciones indispensables para la vida organizada” como señala Bustos Ramirez<sup>40</sup>, no puede quedarse solo como que lesiona, tan solo, a la administración pública

3°.- Es menester una nueva política criminal en este sentido. El delito constitucional del traidor a la patria tiene –comparando el derecho penal del enemigo- tiene una sanción que debe ser peor y que es la exclusión del funcionario (ciudadano) infractor, peor que el enemigo, que es el traidor. Aquel que viola el deber de cuidado, abusa de su condición, y toma los bienes y peculio de todos para llevarse estos para sí.

Ello no significa resignación de sus derechos fundamentales, relajamiento alguno de las garantías que le amparan y menos aún que se pierda el principio de proporcionalidad de la pena, sino que la sanción tenga la efectividad necesaria para que a través del derecho penal se cumpla el mandato constitucional al mismo tiempo que también contenga un criterio de prevención general positiva.

El derecho penal del traidor a la patria surge del mandato constitucional donde claramente se ubica el bien jurídico tutelado “ordenamiento institucional y sistema democrático” un núcleo comisivo “el que cometiere delito de enriquecimiento ilícito doloso” –que naturalmente tiene la calidad de autor (funcionario público) pero de la conducta en cuestión surgen daños al patrimonio público; daños sociales a la confianza pública.

---

<sup>40</sup> Bustos Ramírez, Juan José “Control social y sistema penal” Barcelona 1987 cap. Los bienes jurídicos colectivos”

Ello lo debemos poner en contexto con la expansión del derecho penal fomentado por un populismo punitivo que cree que todo se reduce a la imposición mecánica de penas; lo cierto y concreto es que la pugna de intereses en una realidad determinada hace que existan varios derechos penales distintos, cada uno tomando una velocidad donde se admite que sobre algunos delitos no se impongan penas privativas de libertad, en otros en tanto se exige un rigor intenso “con los presupuestos clásicos de imputación de responsabilidad” explica Silva Sánchez quien juzga que esa expansión razonable del derecho penal “de la pena de prisión viene dado por la existencia de conductas que, por si solas, lesionan o ponen en peligro real a un bien individual; eventualmente cabe admitir lo mismo sobre bienes supraindividuales, siempre que sea la conducta del concreto sujeto la que efectivamente los lesione o ponga en peligro real...” esto es representado por un derecho penal “de la cárcel y otros que se flexibilizan con penas alternativas que van desde la pérdida de derechos o sanción de tipo pecuniarias, con flexible intensidad de la sanción depende del tipo de ilícito; mas reconoce al derecho penal del enemigo como un derecho de tercera velocidad “ en la que el derecho penal de la cárcel concurre con una amplia relativización de garantías político-criminales, reglas de imputación y criterios procesales”.<sup>41</sup>

Tomando esto como una expansión del derecho penal y siguiendo a Silva Sánchez, estamos ante un delito de 4ta velocidad- los delitos del traidor a la patria, y que merecen en este caso la pena que en tiempos de otrora se aplicaba a los ciudadanos por estas circunstancias. El ostracismo.

La inhabilitación debe ser a perpetuidad y con ello se garantiza el rol preventivo que tiene el sistema punitivo.

4.- Con la reforma constitucional de 1994 la suscripción de los tratados internacionales citados quedo sepultada la discusión sobre la supuesta inconstitucionalidad del art. 268(2) del Código Penal. Ha sido un gran aporte la modificación a la referida figura la ley 25.188.<sup>42</sup>

5.- El decomiso y la multa deben ser sanciones tan severas como la inhabilitación- que debe ser a perpetuidad- dado el bien jurídico protegido.

6.- La pena de prisión debe guardar el principio de proporcionalidad y por lo tanto no debe ser tan significativa y alta sino eficaz. Lo contrario solo sería populismo criminal ineficaz.

7.- El reconocimiento de la novel garantía constitucional tiene como protagonista a cada ciudadano y obliga a extremar el celo y cuidado de la función de los órganos de control, entre ellos el ministerio publico fiscal como los internos, fiscalía de investigaciones administrativas etc.

---

<sup>41</sup> Silva Sánchez, Jesús María “La expansión del derecho penal” aspectos de la política criminal en las sociedades post industriales. Ed.B de F. Montevideo. 2011 págs. 180 y sig.

<sup>42</sup> Ya lo señalaron antes Jose Severo Caballero en “ el enriquecimiento ilícito de los funcionarios públicos después de la reforma constitucional de 1994” LA LEY 1989; y Lascano, Carlos Julio “ el tipo objetivo del delito de enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados públicos “ en Academia Nacional de Dcho y Ciencias sociales, Córdoba.

Es que si, como expresa Ferrajoli “la función garantista del derecho consiste, en suma, en la limitación de los poderes y en la correspondencia de las libertades”, se deben atender las desigualdades sustanciales, tanto de los “poderes jurídicos, y sobre todo de los poderes extrajurídicos que constituyen la base de las desigualdades sociales entre las personas. Los primeros sostienen las desigualdades jurídicas o formales; los segundos producen lo que llamare desigualdades sociales o sustanciales, muchos más profundas que las primeras, puesto que aquellos son incontrolados y tendencialmente ilimitados...”<sup>43</sup>, por ello para preservar el sistema democrático, mantener el sistema institucional hay que empoderar al ciudadano sin restricciones formales para tener una democracia sustancial donde cada uno se realice como forma de un contrato social que garantice a todos los ciudadanos lo que cada uno merece.

---

<sup>43</sup> Ferrajoli, Luigi “Derecho y razón. Teoría del garantismo penal” Ed.Trotta España, 2009, pag.933.