

La inversión de la carga de la prueba. A propósito del delito de enriquecimiento ilícito de funcionario público y la aplicación de la teoría de las cargas dinámicas de la prueba.

Por Alberto Sandhagen¹

1. Objetivo. 2. Breve esbozo sobre el delito de enriquecimiento ilícito. 3. Argumentos a favor de la constitucionalidad del delito de enriquecimiento ilícito de funcionarios públicos. 3. a. Como delito activo. 3. b. Como delito omisivo. 3. c. Como delito complejo. 3. d. Aplicación de las cargas dinámicas de la prueba. 4. Argumentos a favor de la inconstitucionalidad del delito de enriquecimiento ilícito de funcionarios públicos. 5. Las cargas dinámicas de la prueba y su impacto en el delito de enriquecimiento ilícito. 6. El Artículo 36 de la Constitución Nacional (incorporado por la reforma constitucional de 1994). 7. Conclusión.

1. Objetivo.

La finalidad del presente trabajo es exponer un análisis crítico sobre la tipificación del delito de enriquecimiento ilícito de funcionarios públicos, que se encuentra regulado en el Código Penal, específicamente, con relación a la premisa que establece que: “...*al ser debidamente requerido, no justificare la procedencia de un enriquecimiento patrimonial apreciable*” que propugna dicho artículo como constitutivo del delito.

En este orden de ideas, con respecto al elemento probatorio del tipo penal de referencia se podría argüir que es una cuestión de lineamiento del tipo, concerniente al derecho penal sustantivo, pero no lo es menos que dicha situación repercute en forma directa con las garantías constitucionales, puesto que al acusado por este delito se le obliga a generar prueba para su inocencia (“...*ser debidamente requerido, no justificare*”). Desde esta perspectiva, existen autores que justifican dicha situación y otros que no.

Los primeros sostienen que no hay inversión en la carga de la prueba ya que siempre es la acusación la que tiene la obligación de probar el hecho delictivo. Estos se dividen en opinar y tratar al delito como activo u omisivo hasta se llega a sostener que es un delito complejo, partiendo de situaciones de hecho diferentes para poder justificar el *requerimiento* que se le hace al imputado de esta infracción. Otros, directamente, sostienen que en este delito especial se encuentra justificado la inversión de la carga de la prueba y hacen pie, para ello, en la teoría de las cargas dinámicas de la prueba.

En la vereda opuesta, se encuentran los que lisa y llanamente expresan que en este delito existe una inversión de la carga de la prueba que afecta los principios de inocencia y *nemo tenetur se ipsum accusare*, por lo que, sintéticamente, la estructura del tipo es inconstitucional por vulnerar esas garantías. Además, mencionan que, al someter a

¹ Abogado y Especialista en Derecho Penal, Universidad de Buenos Aires, Argentina.

proceso y juzgar a un funcionario público, éste debe tener las mismas garantías dentro de un proceso penal que cualquier otro ciudadano/imputado (por cualquier delito).

En definitiva, en el presente trabajo, a partir de efectuar una descripción literal de los autores que se posicionan a favor y en contra de la tipificación del presente delito se acercará al lector sobre la discusión actual en la doctrina. Para luego, desde una óptica poco tratada, pasar con un análisis crítico (espero que sea original) a demostrar si se puede aplicar en el proceso penal la teoría de las cargas dinámicas de la prueba y, también, como una derivación de esta, la aplicación del artículo 36 de la Constitución Nacional, para justificar constitucionalmente el delito previsto y reprimido en el artículo 268 (2) del Código Penal.

2. Breve esbozo sobre el delito de enriquecimiento ilícito.

El delito de enriquecimiento ilícito de funcionarios públicos se encuentra regulado en el artículo 268 (2) del Código Penal argentino y reza que:

Será reprimido con prisión de dos (2) a seis (6) años, multa de dos (2) a cinco (5) veces del valor del enriquecimiento, e inhabilitación absoluta perpetua, el que al ser debidamente requerido, no justificare la procedencia de un enriquecimiento patrimonial apreciable suyo o de persona interpuesta para disimularlo, ocurrido con posterioridad a la asunción de un cargo o empleo público y hasta dos (2) años después de haber cesado en su desempeño. (Párrafo sustituido por art. 36 de la Ley N° 27.401 B.O. 1/12/2017. Vigencia: a los noventa (90) días de su publicación en el Boletín Oficial de la República Argentina)

Se entenderá que hubo enriquecimiento no sólo cuando el patrimonio se hubiese incrementado con dinero, cosas o bienes, sino también cuando se hubiesen cancelado deudas o extinguido obligaciones que lo afectaban.

La persona interpuesta para disimular el enriquecimiento será reprimida con la misma pena que el autor del hecho. (Artículo sustituido por art. 38 de la Ley N° 25.188 B.O. 1/11/1999. Vigencia: a los ocho días desde su publicación.)

Dicho artículo fue incorporado al Código Penal en el año 1964 y luego sufrió una serie de modificaciones que no son prudentes resaltar, a los fines del presente artículo, debido a que la estructura del tipo penal ha quedado intacta.

En general, el fundamento del delito de enriquecimiento ilícito es la prevención de la impunidad de los delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios públicos por dificultades probatorias. En efecto, ante la supuesta impresión negativa que causa en la sociedad la absolución de un funcionario, quien detenta un apreciable patrimonio, debido a la imposibilidad de probar el delito que permitió su acumulación, se

opta por crear la figura delictiva de enriquecimiento ilícito que se utiliza en los casos en los que no se acredita la actividad criminal específica que lleva a cabo el funcionario público para la obtención de su patrimonio. Esto es importante recalcarlo de entrada, por vía legal se resuelve un problema probatorio y con impacto en las garantías constitucionales.

En forma precisa, con este artículo se pretende castigar el enriquecimiento de los funcionarios públicos catalogado como un incremento patrimonial que puede consistir tanto en un aumento del activo como en una disminución del pasivo. Asimismo, concisamente conviene destacar que es *apreciable* cuando resulta considerable con relación a la situación económica del agente en el momento de asumir el cargo y que no está de acuerdo con las posibilidades de evolución normal de aquella durante el tiempo del desempeño de la función o en el periodo ulterior al cese en la misma hasta que se produce el requerimiento. Un enriquecimiento que no asume esa categoría no da lugar a la aplicación del tipo.

Para comprobar que el funcionario se ha enriquecido y permitir habilitar la aplicación de este delito, la base de la estructura legal del tipo penal recurre, sin identificar un hecho delictivo preciso, a: “...*el que al ser debidamente requerido, no justifiere la procedencia de un enriquecimiento patrimonial apreciable*” y, ahí, se encuentra la trama del presente artículo² en el hecho de estar compelido a aportar “la” prueba.

Ante esa singular descripción del tipo, entra en discusión el principio de inocencia y su corolario la inversión de la carga de la prueba y la garantía a no autoincriminarse.

3. Argumentos a favor de la constitucionalidad del delito de enriquecimiento ilícito de funcionarios públicos.

Para ingresar en la posición a favor de la constitucionalidad, se puede decir que la principal razón que sostienen sus partidarios se relaciona con la especial posición en la que se encuentra el funcionario público. En efecto, el funcionario es arrastrado a asumir obligaciones distintas de quienes no ejercen la función pública, como es, en lo que aquí interesa, rendir cuentas de los bienes que posee.

En este orden de ideas, en cuanto a la carga de la prueba, la obligación del funcionario de dar explicaciones es derivación de la particular situación pública en que se encuentra, luego de un marcado enriquecimiento y resulta exigencia del principio

² Aclaración previa, no voy a explicar quién es la autoridad, qué debe requerir, solo me voy a enfocar en la cuestión de la prueba.

republicano de gobierno que debe aquilatarse con las restantes garantías constitucionales³. Y se llega a afirmar que el mero hecho de ingresar a la función pública conlleva la renuncia al derecho a la presunción de inocencia ya que, sostienen, si bien nadie ‘puede ser obligado a declarar contra sí mismo’, tal derecho puede ser ‘renunciado’ por el imputado al prestar éste declaración indagatoria y confesar ser autor de un delito⁴.

Más allá de lo expuesto, para ser esquemático existen autores –como veremos– que tratan al delito como un delito activo de comisión, para otros se trata de un delito omisivo y para una tercera posición, se trata de un delito complejo y, por último, otros recurren a la teoría de las cargas dinámicas de la prueba, para sortear las críticas constitucionales que se le efectúan al presente artículo.

3. a. Como delito activo.

En primer lugar, Terragni dice que el texto del artículo 268 (2) no es simple, porque aparentemente lo que está prohibiendo es no justificar ante un requerimiento. Sin embargo, eso es secundario; se trata de una forma de expresión lingüística para describir el hecho pero el delito consiste en enriquecerse aprovechando el desempeño de una función pública. Si el legislador lo hubiese expresado de esa manera, hubiese evitado todos los problemas de interpretación pues, a contrario sensu, se entendería que todas las formas lícitas de enriquecerse son distintas a la conducta consistente en aprovechar la función pública para enriquecerse⁵. Asimismo, sostiene que lo “...*que se castiga es el enriquecimiento: la conducta consiste en incrementar el patrimonio sacándole provecho a las posibilidades provenientes del desempeño de la función pública*”⁶.

³ Angelini, Luis M., “Comentario sobre el delito de enriquecimiento ilícito”, en <https://www.terragnijurista.com.ar/doctrina/comentarioilicito.htm>, extraído el día 9/04/2018.

⁴ Bruzzone, Gustavo A. y Gullco, Hernán, “Acerca de la controvertida adecuación constitucional de tipo penal del enriquecimiento ilícito de funcionario público” en “Teoría y Práctica del Delito de Enriquecimiento Ilícito de Funcionario Público (art. 268 (2) CP)”, Editorial Ad hoc. Buenos Aires. Año 2005, página 20.

⁵ Terragni, Marco Antonio, “Delitos propios de los funcionarios públicos”, primera reimpresión, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, año 2005, página 321.

⁶ Terragni, Marco Antonio, obra citada, página 322/323. Asimismo, dice que: “A la Luz del texto legal sancionado, queda la impresión de que el legislador no hubiese tenido más remedio que acudir a la solución de punir a quien no acredite el origen de tal incremento, como si lo que interesara es que se cumpla con el deber de justificar, cuando en verdad lo que desea castigar es el lucro obtenido por los funcionarios deshonestos” (ver página 315). También sostiene que: “Ante la disparidad de criterios que se han expuesto doctrinaria y jurisprudencialmente, nos adelantamos a exponer nuestra postura con respecto a este tema: en primer lugar coincidir en que el artículo plantea reparos de orden constitucional, pero como está vigente y no hay decisiones jurisdiccionales que enerven su aplicación por vicios de ese carácter, corresponde realizar el análisis dogmático del texto. Incluso, dadas las connotaciones éticas que tal norma tiene y la natural resistencia que puede existir a enervar su aplicación” (ver página 317). Para finalizar, dijo que: “La lectura de los antecedentes y de la doctrina revela la existencia de relevamientos muy parciales: a veces en favor de la figura y en otras ocasiones enfoques muy críticos en contra de ella. Corresponde adoptar una determinación que separe, por un lado, lo que es ético de los que jurídico; y por el otro tomar en cuenta la evidencia de que, si la ley está vigente, corresponde ceñirse a lo que ella dispone. No puede dejársela de lado por mas errores que contenga” (ver página 319).

Continúo con el autor precitado que se posiciona en favor de la constitucionalidad de la figura y menciona que: *“Es cierto, empero, que parte de la doctrina sostiene que esta disposición es inconstitucional; opinión con la que disentimos: no obstante las dificultades que tiene que enfrentar en torno de este delito, la labor del intérprete consiste en conciliar racionalmente los defectos con evidencia de que el precepto está vigente, teniendo en cuenta -además- que resulta muy remota la posibilidad de que un Tribunal lo declare inconstitucional; por supuesto conciliando asimismo las cuestiones procesales que se presentan”*⁷. También sostiene tácitamente la clausulas exorbitantes de los contratos administrativos para apelar a la permisón de la norma penal puesto que dice *“Incluso debe saber que como agente público está expuesto a que la sociedad le imponga pautas de conducta, que serian distintas a las exigidas al resto de los ciudadanos”*⁸.

Por su parte, Fontán Balestra, al comentar el presente artículo, ve como constitutivo del injusto el acto comisivo por el cual el funcionario se enriquece, siendo la falta de justificación posterior una condición objetiva de punibilidad. A pesar de ello, formula que: *“El más serio problema creado por esta figura es el de la presunción de licitud del incremento del patrimonio producido durante el desempeño de la función pública, y consecuentemente, la inversión de la prueba, que tiende a demostrar la licitud y está a cargo del sospechado”*⁹. Asimismo, con bastante elocuencia agrega que: *“Ninguno de los argumentos tendiente a demostrar que la prueba no se invierte nos convence. Porque, en definitiva, lo que se debe demostrar es que el enriquecimiento no es ilícito, o si se quiere, que es lícito; que proviene de fuentes que no se vinculan directamente con la función pública y que no es merecedor de reproche. Más sincero, más cierto nos parece reconocer que no es el único caso en que la ley procede de tal modo sin haber provocado reacción. De los ejemplos que se dan, el más convincente parece ser el de la quiebra fraudulenta por disminución no justificada del activo (art. 176, inc. 2º, C.P.: ‘no justificar la salida o existencia de bienes que debiera tener’... En estricta técnica legislativa, la solución no es ideal, pero tomando que de ellos se siguen, hemos de concluir que es la única, al menos a la vista. Ya se dijo antes de ahora que aquí sí podemos decir que lo perfecto es enemigo de lo bueno”*¹⁰.

Todarello entiende que *“...se debe partir de considerar que la acción típica del delito de enriquecimiento ilícito se encuentra constituida por la conducta de enriquecerse patrimonialmente de manera apreciable e injustificada durante el ejercicio de la función pública, y que se consuma al momento de producirse dicho enriquecimiento. Por otra*

⁷ Terragni, Marco Antonio, obra citada, página 322.

⁸ Terragni, Marco Antonio, obra citada, página 320.

⁹ Fontan Balestra, Carlos, *“Tratado de Derecho Penal”*, Tomo VII. Parte Especial, segunda edición actualizada por el Dr. Guillermo A.C. Ledesma. Abeledo Perrot, Buenos Aires, año 1980, página 363.

¹⁰ Fontan Balestra, Carlos, obra citada, páginas 363/364.

parte, el requerimiento de justificación y su eventual contestación deben ser considerados como circunstancias o elementos integrantes del derecho de defensa del acusado”¹¹.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación convalidó la interpretación que sostiene que “...*el enriquecimiento ilícito es un tipo comisivo que se consuma cuando el funcionario aumenta sus activos o disminuye sus pasivos de una manera incompatible con el nivel de ingresos. En esta interpretación, tanto el debido requerimiento como la falta de justificación ‘sólo pueden entenderse como requisitos establecidos en exclusivo resguardo del derecho de defensa en juicio y tiene como objetivo asegurar al funcionario el conocimiento de la imputación y la posibilidad de acreditar el origen lícito del incremento patrimonial apreciable e injustificado que, en principio, se le enrostra’*”¹².

Si bien los mencionados autores ven un déficit en la descripción normativa, que llevaría a la inversión de la carga de la prueba; no obstante ello, avalan su constitucionalidad tratándolo como un delito comisivo. Sin embargo, existen autores que advierten la alteración de la carga probatoria que implica el presente delito y tratan de salvarlo interpretando que estamos en presencia de un delito de omisión, o sea, se castiga el que: “*al ser debidamente requerido, no justificare la procedencia de un enriquecimiento patrimonial apreciable*”. Así, el enriquecimiento ilícito sería un delito de omisión propia, por el cual se reprimiría la infracción de un deber que pesaría sobre los funcionarios públicos, puesto que existiría el deber de justificar en todo momento su situación patrimonial.

3. b. Como delito omisivo.

En este orden de ideas, cabe destacar que uno de los ideólogos de la presente figura, Sebastián Soler, expresa que: “*En nuestro proyecto de 1960 tratamos de encaminar esa materia en otro sentido, dando para ello razones que no se fundaran en una presunción sino en la positiva violación de un deber expreso, asumido por el funcionario, las fundamentación era la siguiente: ‘La corrupción, la concusión, el peculado, las negociaciones incompatibles son delitos ejecutados ordinariamente de modo subrepticio y astuto, sirviéndose su autor de personas interpuestas y de simulaciones. Así resulta que la dificultad de esa prueba concretamente referida a un hecho viene a determinar absoluciones que podríamos llamar escandalosas porque benefician a sujetos cuyo estado de fortuna ha cambiado ostensiblemente en el curso de pocos años de desempeño de una función pública sin que sea fácil señalar la procedencia ilícita de los bienes. Para salvar esa dificultad, se ha dicho que lo más expeditivo consiste en crear una figura fundada en la presunción de ilicitud del enriquecimiento, contra el que no pruebe la corrección del*

¹¹ Todarello, Guillermo Ariel, “*Corrupción administrativa y enriquecimiento ilícito*”, Editores del Puerto, primera edición, año 2008, Buenos Aires, página 329.

¹² Jorge, Guillermo, “*Enriquecimiento Ilícito: el silencio de la Corte y las opciones del Congreso*” en *Jurisprudencia penal de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, dirección Leonardo G. Pitlevnik, tomo 9, Editorial Hammurabi. Año 2010, Buenos Aires, página 28.

incremento patrimonial. En línea de principios, esa fundamentación no es simpática en derecho penal; pero toda vez que es innegable la existencia de esa dificultad, parece prudente ver si sobre la base de otros principios menos dudosos es posible alcanzar un resultado prácticamente satisfactorio”¹³.

Enuncia que la solución de la norma no es nada excepcional ni presuntiva y que existen muchas figuras delictivas en cuya base se encuentra una exigencia positiva de deberes (en los delitos de comisión por omisión es la regla). Y afirma que: “*no hay nada desmedido, irregular o excesivamente severo en imponer a los funcionarios públicos un deber semejante al que recae sobre un administrador común, al cual se le exige, bajo amenaza penal, una rendición de cuentas con la cuidadosa separación de los bienes del administrado. Pues bien, la asunción de un cargo público, comporta un deber semejante, un deber de especial pulcritud y claridad en la situación patrimonial. Quien sienta esa obligación como demasiada pesada o incomoda, que se aparte de la función pública*”¹⁴.

En este mismo orden de ideas se enmarca la opinión de Creus. En primer lugar, si bien aduce que el artículo, en algunos aspectos, es una exageración republicana del legislador¹⁵, no lo es menos que, en segundo lugar, es otro autor que sustenta que el delito de enriquecimiento ilícito castiga una omisión y señala que: “*La doctrina también ha mostrado dudas de orden constitucional sobre la circunstancia de que el tipo se asentaría sobre una inversión de la carga de la prueba, que importaría una verdadera presunción de ilicitud del enriquecimiento; se crearía una presunción iuris tantum, en que la licitud debe ser demostrada por el imputado; mas si tenemos en cuenta que la acción típica no es la de enriquecerse, sino la de no justificar la procedencia del enriquecimiento, la ley no está consagrando una presunción, sino está imponiendo un deber y sancionando un incumplimiento*”¹⁶.

Alude asimismo que: “*Los reparos dogmáticos que se formulan a la disposición se extienden al orden constitucional, asentándose sobre la inversión de la carga de la prueba que ella significaría, ya que crearía una verdadera presunción de ilicitud del enriquecimiento del funcionario que no justificare su procedencia; trataríase de una figura construida a base de una presunción iuris tantum, donde la licitud debe ser demostrada por quien la invoque, es decir, por el funcionario a que se imputa el enriquecimiento ilícito. Señalase, sin embargo –reconociendo que no es una fórmula “ideal”–, que constituye un camino ineludible, admitido en otros casos por la legislación penal (p.ej., art. 176, inc. 2ª, C.P.).*

¹³ Soler, Sebastián, Derecho penal argentino. Parte Especial, tercera edición, 8ª reimposición, Buenos Aires, TEA, 1978, tomo V, página 205.

¹⁴ Soler, Sebastián, obra citada, página 206.

¹⁵ Creus, Carlos, *Delitos contra la administración pública, Comentario de los artículos 237 a 281 del Código Penal*, Editorial Astrea. Buenos Aires Año 1981, página 418.

¹⁶ Creus, Carlos, *Derecho penal. Parte Especial*, Parte especial 4ª edición actualizada, Buenos Aires, Astrea, 1993, Tomo II, páginas 324/325.

*Si tenemos en cuenta que la acción típica no es la de enriquecerse ilícitamente, sino la de no justificar la procedencia del enriquecimiento, formalmente al menos, la ley no consagra una presunción: impone un deber y lo que pune es su incumplimiento. Ese es el núcleo del delito y allí nada se presume*¹⁷.

En esta senda de ideas se encuentra Laje Anaya en cuanto asevera que: *“El comportamiento del autor que señala el momento consumativo del delito, es omisivo y consiste en: No justificar la procedencia de un enriquecimiento patrimonial apreciable, suyo o de persona interpuesta para disimularlo”*¹⁸ y agrega que: *“Lo que el sujeto activo debe probar so pena de incurrir en el delito, es que el enriquecimiento apreciable de su patrimonio o el de sus supuesto personero posterior a la asunción de un cargo o empleo público, o sea experimentado desde el momento de su asunción hasta dos años después del cese de sus funciones, tiene un origen distinto o está desvinculado al desempeño de las funciones propias del cargo que ocupa o que ocupara, lo que tanto puede producirse por su silencio frente al enriquecimiento, porque no ofrece prueba o por la que ofrece es insuficiente, pero la ley no le exige la prueba de la licitud del origen del enriquecimiento”*¹⁹.

En este mismo orden y dirección se encuentran De Luca y López Casariego al tratar la presente figura delictiva como un delito de omisión²⁰, dado que sostienen -en prieta síntesis- que el delito de enriquecimiento ilícito no consiste en enriquecerse sino en no justificar ante la autoridad requirente la procedencia de un enriquecimiento patrimonial apreciable. El delito se consuma solamente cuando el funcionario no justifica, es decir, cuando el requerido no da las explicaciones conforme a derecho de un incremento patrimonial apreciable.

¹⁷ Creus, Carlos, *Delitos contra la administración pública, Comentario de los artículos 237 a 281 del Código Penal*, Editorial Astrea. Buenos Aires Año 1981, página 423. También, sostuvo que: *“...la acción está constituida por la de no probar la procedencia del enriquecimiento, o en no hacerlo suficientemente”* (ver página 418). Por otro lado, dijo que: *“...si el funcionario o el ex funcionario prueba que el enriquecimiento procede de la comisión de un delito ajeno a su desempeño funcional, eventualmente podrá ser condenado por este último, pero por el enriquecimiento ilícito en los términos del art. 268 (2). Conforme a esta norma, para el coronamiento de la tipicidad basta con ausencia o la insuficiencia de la prueba que debe producir el agente; no es necesario, pues, que el representante del ministerio fiscal que ejerce la acción pública pruebe que el enriquecimiento tuvo su origen en un acto de abuso o de corrupción funcional por parte de aquél; bastará que pruebe la existencia del enriquecimiento patrimonial apreciable”* (ver página 419).

¹⁸ Laje Anaya, justo y Gavier, Enrique Alberto, *“Delitos contra la Administración pública”* editora Córdoba, Marcos Lerner, año 2001, página 67.

¹⁹ Laje Anaya, justo y Gavier, Enrique Alberto, *“Delitos contra la Administración pública”*, tomo actualización a la segunda edición de “Notas al código Penal”-Tomo III, Marco Lerner Editora Córdoba, año 2001, páginas 68/69.

²⁰ De Luca-López Casariego, Enriquecimiento ilícito y Constitución Nacional. Suplemento de Jurisprudencia Penal, a cargo de Francisco J. D’Albora, Edit. La Ley, Buenos Aires, 25 de febrero de 2000; De Luca-López Casariego, *“Enriquecimiento Patrimonial de Funcionarios, Su No Justificación y Problemas Constitucionales”*, en Revista de Derecho Penal, Delitos contra la Administración Pública - II, edit. Rubinzal-Culzoni, dirigida por el Edgardo Donna, 2005, página 117.

Por otro lado, Colombo e Ipohorski Lenkiewicz propugnan que hay muchos delitos que suponen la exigencia positiva de deberes y que es lo mismo que se pide a un administrador común, al cual se le exige, bajo amenaza penal, una rendición de cuentas con la cuidadosa separación de los bienes del administrado. La asunción de un cargo público comporta un deber semejante, un especial deber de pulcritud y claridad en la situación patrimonial. Conforme a ello, se puede concluir que el funcionario público se somete voluntariamente a un régimen que supone una presunción de ilicitud de todo incremento patrimonial desmedido mientras estuvo en la función pública²¹. Asimismo, se señala que lo que se reprime es el incremento patrimonial excesivo con relación a sus ingresos legítimos. Tal situación sería asimilable a la flagrancia donde quien se encuentra en esa situación tiene que dar explicaciones al respecto para no quedar incurso en el delito. Con ello, sin serlo, la situación descripta se asemejaría a una inversión de la carga de la prueba y es este estado de cosas lo que lleva a pedir explicaciones al funcionario involucrado²². Finiquitan que frente “...a la dificultad probatoria de los distintos delitos cometidos por funcionarios públicos, se hace necesario un delito residual que contemple las situaciones de injusticia que se advierten frente a la absolucón de funcionarios sospechados de hechos de corrupción que han incrementado notoriamente su patrimonio”²³.

Stabile Vázquez indica que, la figura penal de enriquecimiento ilícito, por definición, no requiere la acreditación de la causa del enriquecimiento. Su existencia responde a la idea de que es deber de los funcionarios públicos justificar cualquier incremento que se registre en su patrimonio; y por lo tanto, cuando se omita esta justificación –y se acredite, por otro lado, la existencia de un “apreciable” enriquecimiento– quedará configurado el delito penal²⁴.

Por otra parte, se alega que el incumplimiento de un deber sustancialmente adquirido por el manejo de los fondos públicos confiados al funcionario y con relación a sus funciones no puede permitir alegar la violación de la presunción de inocencia consagrada por el artículo 18 de la Constitución Nacional sobre todo cuando se trata de hechos que importan de manera vehemente el enriquecimiento a costa de los fondos públicos²⁵. Pero además, en relación con la transgresión de las garantías de defensa y presunción de inocencia, se afirma que no es tal ya que con el requerimiento el agente

²¹ Colombo, Marcelo L y Ipohorski Lenkiewicz, José M, “Evolución legislativa reciente y análisis de la figura penal en el derecho comparado”, en Bruzzone, Gustavo A. y Gullco, Hernán, “Acerca de la controvertida adecuación constitucional de tipo penal del enriquecimiento ilícito de funcionario público”, Editorial Ad Hoc, Buenos Aires, año 2005, páginas 109/110.

²² Colombo, Marcelo L y Ipohorski Lenkiewicz, obra citada, página 110.

²³ Colombo, Marcelo L y Ipohorski Lenkiewicz, José M, obra citada, páginas 110/111.

²⁴ Stabile Vázquez, Agustina “Responsabilidad patrimonial del funcionario público en el delito de enriquecimiento ilícito”, en Bruzzone, Gustavo A. y Gullco, Hernán, “Acerca de la controvertida adecuación constitucional de tipo penal del enriquecimiento ilícito de funcionario público”, Editorial Ad Hoc, Buenos Aires, año 2005, página 123.

²⁵ Caballero, José Severo, “El enriquecimiento ilícito de los funcionarios y empleados públicos (después de la reforma constitucional de 1994)”, LL, 1997-A-794.

conserva todas las posibilidades de defensa; mientras que el status solo estaría cuestionado en igual medida que en cualquier otra causa, conservando el imputado la condición de inocente hasta el dictado de sentencia que lo declare culpable²⁶.

Sin tapujos se expresa Washington Rodríguez para avalar la figura puesto que sostiene que el delito previsto y reprimido en el artículo 268 (2) del Código Penal adopta, a sus fines, el principio de la inversión de la carga de la prueba. Pues sólo basta el debido requerimiento para obligar al funcionario o empleado público a justificar probadamente la procedencia pura del apreciable enriquecimiento de su patrimonio. En caso contrario advendrá la sanción legal²⁷.

3. c. Como delito complejo.

En otro orden de ideas, escapándose de la dicotomía del delito como activo u omisivo, Núñez menciona que el delito previsto en el artículo 268 (2) del Código Penal es complejo y se encuentra integrado tanto por la conducta que conduce al enriquecimiento como por la omisión posterior.

En tal sentido, *“Exige un enriquecimiento patrimonial apreciable del autor y la no justificación de su procedencia al ser debidamente requerido para que lo haga. El primero es un acto positivo. La segunda representa una omisión al deber de justificación emergente del enriquecimiento y del requerimiento o, simplemente, una imposibilidad de hacerlo. Sin enriquecimiento apreciable no puede haber requerimiento y, por consiguiente, deber de justificar. Pero, existiendo enriquecimiento sólo el requerimiento impone ese deber”*²⁸.

Sin perjuicio de lo expuesto, conviene poner de resalto que el autor ha mutado de apreciación y no sostiene más que es un delito complejo sino que, ahora, se enrola dentro de los autores que sostienen que es omisivo²⁹.

3. d. Aplicación de las cargas dinámicas de la prueba.

No obstante todo lo expuesto y corriéndose de la cuestión dogmática propiamente dicha, como una cuestión que va a merecer una crítica pormenorizada en el presente trabajo, existen autores que justifican la constitucionalidad del delito de enriquecimiento ilícito de funcionarios públicos en la teoría de las cargas dinámicas de la

²⁶ Caballero, opinión citada, página 798.

²⁷ Rodríguez, Agustín Washington, *“Corrupción y enriquecimiento ilícito. Homicidio por encargo”*. Editorial Juris. Año 1998, página 34.

²⁸ Núñez, Ricardo C., *“Tratado de Derecho penal”*, Tomo v, Volumen II, Pare Especial, Delitos contra la administración pública. Delitos contra la fe pública. Editora Córdoba Marcos Lerner, año 1992, página 144.

²⁹ Ver Núñez, Ricardo C., *“Manual de Derecho Penal. Parte Especial”*, segunda edición actualizada por Víctor F. Reinaldi, Marcos Lerner, Córdoba, año 1999. Página 456.

prueba y ven con buenos ojos la inversión de la carga de la prueba: poner en cabeza del imputado la producción dirimente de la prueba.

En efecto, se indica que: *“La noción de las cargas probatorias dinámicas es ajena, por esencia, al proceso penal. No obstante ello, el delito de enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados (art. 268 (2), Cód. Penal) constituye el caso paradigmático de ella, porque en esta ínsula el interés en la prueba se coloca en cabeza del imputado, quien por otra parte es el que se encuentra en mejores condiciones de acreditar la licitud de su enriquecimiento”*³⁰.

Como vimos desde diferentes vértices se justifica la constitucionalidad del presente delito de funcionario público. Ahora pasaré a delinear la postura diversa.

4. Argumentos a favor de la inconstitucionalidad del delito de enriquecimiento ilícito de funcionarios públicos.

En la doctrina nacional existen, aunque muy pocas voces en comparación con los que admiten la constitucionalidad de la figura, autores que describen que la norma del art. 268 (2) del Código Penal resulta contraria a la Constitución Nacional. En efecto, se sostiene que la conducta descrita en el delito de referencia afecta el principio de inocencia al invertir la carga de la prueba y, por otro lado, también se arguye que resulta contrario a la garantía a no declarar contra sí mismo o a no confesarse culpable.

Para comenzar el presente acápite, comenzaré por recalcar la posición de Chiappini en cuanto expresa que el tipo penal en cuestión desconoce las garantías constitucionales del debido proceso, el derecho de defensa y el estado de inocencia, en cuanto invierte la carga de la prueba colocando en cabeza del imputado el deber procesal de acreditar el origen legal de su enriquecimiento o, la ajenidad de su origen en relación a la función pública desempeñada. La imputación nace, entonces, de una presunción de culpabilidad³¹.

En este orden de ideas, Marcelo Sancinetti, autor de lectura obligatoria para el tema, menciona que el presente delito afecta los principios esenciales del Estado de Derecho y sostiene que el déficit constitucional se encuentra *“...en la base de la estructura legal, que no identifica un hecho concreto motivo de un enriquecimiento de origen delictivo*

³⁰ Acosta, Daniel Fernando, *“Cargas Probatorias dinámicas y proceso penal”* en Peyrano, Jorge W. (director) Lépori White, Inés (coordinadora) *“Cargas Probatorias Dinámicas”*, Buenos Aires, Editorial Rubinzal-Culzoni, año 2004, página 540. Asimismo, sostiene el autor que: *“...no toda la prueba le corresponde al imputado, pues existe una, tanto o mas importante que aquella, en cabeza del poder de acusación, cual es –a partir del calificativo ‘apreciable’ contenido en el texto legal- la falta de corresponsabilidad entre las fuentes lícitas de enriquecimiento y la magnitud del mismo”*.

³¹ Chiappini, Julio *“El delito de no justificación de enriquecimiento –artículo 268 (2) del Código Penal-”*, LL 1986-C-851.

(déficit de Derecho Penal de acto y de lex certa), sino que el delito en sí queda 'presumido' (lesión al principio de culpabilidad y a la presunción de inocencia) y se mantiene indeterminado, con la pretensión de ser tan sólo, como lo demostraba el origen de los argumentos dados por Sebastián Soler, una figura de recogida para todos 'los otros' delitos de funcionario que pudieran dar origen a un enriquecimiento y que no pudieran ser identificados individualmente por ignorancia del hecho previo, razón por la cual se vuelva sobre el funcionario requerido 'el deber de esclarecer' la situación (indeterminación del hecho e inversión de la carga de la prueba), al ser merecedor de por sí de una pena si no da respuesta (violación al nemo tenetur se ipsum prodere)"³².

Por otro lado, el autor precitado dice que si se toma en serio la estructura típica como "delito de omisión", el delito estaría configurado con la negativa a la "justificación", aunque después alguien demostrara que el origen del incremento patrimonial no guarda la menor relación con la función pública³³. Asimismo, como una crítica más certera a la posición que enmarca al presente delito en uno omisivo, sostiene que: *"...si el hecho de que se convierta la presunción de culpabilidad en el delito de omisión consistente en no informar la procedencia del aumento patrimonial puede paliar la precariedad normativa de la incriminación. La respuesta a esta pregunta no ofrece dificultades. Pues el principio de inocencia y la garantía de no estar obligado a declarar contra sí mismo no puede burlarse declamando que el contenido del hecho punible (omisivo) es más bien el 'no informar sobre ciertos actos previos del imputado', justamente aquellos actos que en realidad son los que se quiere prevenir con la amenaza penal.*

*La interpretación contraria implicaría decir que, en caso de que existan sospechas de que una persona realizó un hecho punible, el Estado es libre de optar por: a) o bien respetar las garantías constitucionales (y, entonces, tratar a la persona como inocente hasta que una sentencia la declare culpable), o bien b) declarar como relevante únicamente el deber de informar sobre el acto previo (y, entonces, aplicar sanciones solo en caso de 'inobservancia al deber de información')"*³⁴. Concluye Sancinetti que, en prieta síntesis, la estructura real del tipo penal no es la de un delito de omisión³⁵.

También se alza contra los autores que sostienen que el delito de enriquecimiento ilícito no viola la garantía del *nemo tenetur* y, en tal sentido, señala que existen voces que afirman que: *"...la garantía de no estar obligado a declarar contra sí mismo no estaría infringida, porque lo que el funcionario tendría que hacer obligatoriamente, producido el requerimiento, es justificar '...en favor de sí mismo'.*

³² Sancinetti, Marcelo A. "El delito de enriquecimiento ilícito de funcionario público (art. 268, 2, CP) Un tipo penal violatorio del Estado de derecho". tercera edición actualizada y ampliada. Agosto 2014 Editorial Ad-Hoc, páginas 16/17.

³³ Sancinetti, Marcelo A., obra citada, página 81.

³⁴ Sancinetti, Marcelo A., obra citada, páginas 66/67.

³⁵ Sancinetti, Marcelo A., obra citada, página 83.

Jurídicamente, eso era ya un error muy burdo, propio de quien no entiende el tema en absoluto, no es que el principio nemo tenetur signifique que el imputado no puede ser obligado a declarar en un cierto sentido (en contra de él), pero si en otro (en su favor). Y no es así, en primer lugar, ya por el hecho de que quien define de modo soberado qué va en su favor y qué en su contra, es el propio imputado; en segundo lugar, porque la garantía justamente llega al derecho de guardar silencio completamente, si al imputado así le place; y, en tercer lugar, porque ‘en su contra’ significa que procesos donde está inculpada la persona X, cualquier declaración que ella haga tiene que estar libre de toda coerción. En síntesis, el principio nemo tenetur no admite por ningún lado que al imputado se le ‘haga trampas’ diciéndole que se lo va a obligar a declarar, pero ‘sólo en su favor’. Nada de eso, dependemos de su libertad, expresada libremente y sin coacción de ninguna naturaleza”³⁶.

Por su parte, en relación con la garantía del *nemo tenetur se ipsum accusare*, Donna ejemplifica la cuestión y sostiene que, tal como está redactado el tipo penal del artículo 268 (2) del Código Penal, es inconstitucional. Ya que, si un funcionario público hereda una fortuna de un pariente, en el extranjero, y es llamado a justificar el aumento patrimonial y no lo hace, su conducta encuadraría lisa y llanamente en el artículo 268 (2). Si se quiere buscar otro ejemplo semejante: un funcionario tiene un amante, quien lo mantiene y le da un dinero extra. Como este buen hombre no quiere que su esposa sepa tal situación, decide ocultar el origen de los fondos que entran en su cuenta bancaria. Llamado por el juez a que justifique decide no declarar. No hay otra alternativa, salvo que se cambie el tipo legal, que condenar a este funcionario público, pero no por el enriquecimiento ilícito, sino solo por callar un romance. El propio Creus así lo reconoce cuando dice: ‘es más, existe la posibilidad de un enriquecimiento perfectamente lícito, pero si el agente se niega a probar que lo es, igualmente podría encontrar cabida en el artículo 268 (2)’³⁷.

Además, como si fuera poco, un nuevo ejemplo traería más luz al problema y se vería cómo se ha legislado de un modo, por decirlo de una manera, horroroso. Si en el legítimo derecho que la Constitución reconoce a toda persona, el funcionario público, que hemos puesto como ejemplo, decide abstenerse a declarar, basado en el principio constitucional de que nadie pueda ser obligado a declarar en contra de sí mismo y que los códigos han reconocido, afirmando que el silencio del imputado no puede ser tomado en su contra, es este caso sí lo es y nuestro funcionario sería condenado³⁸.

De acuerdo con los razonamientos que se han venido realizando, Inchausti indica que: “...en tanto la ley castiga el silencio del requerido (sea simplemente se

³⁶ Sancinetti, Marcelo A., obra citada, páginas 86/87.

³⁷ Donna, Edgardo Alberto, “*Delitos contra la administración pública*”, segunda edición actualizada. Colección autores de Derecho Penal dirigida por Edgardo Alberto Donna. Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, año 2008, página 434.

³⁸ Donna, Edgardo Alberto, obra citada, página 435. Asimismo, las razones que una persona puede tener para no declarar son reservadas a su esfera personal, y eso no lleva a su punición (ver página 438).

*mantenga en el mismo ante el requerimiento, o manifieste que se niega a responder al mismo) o a la falta de prueba de la licitud del enriquecimiento, para de tales situaciones deducir la ilicitud del mismo, reiteramos que con ello ha consagrado una írrita y manifiesta violación al principio constitucional del art. 18 de no estar nadie obligado a declarar contra si mismo. Las reglas del debido proceso están vulneradas*³⁹.

En efecto, concluye que “...se emplaza a los funcionarios bajo sospecha –y se los emplaza- a traer exhaustivas noticias sobre sus bienes y sobre el origen de su adquisición, exigencia que implica lisa y llanamente obligarlos a declarar contra ellos mismos, en abierta inversión del cargo probatorio. La agresión a garantías fundamentales de raíz constitucional, resulta palmaria y flagrante”⁴⁰.

En este mismo sentido, Castro afirma que la actual redacción del art. 268 (2) del Código Penal es justamente atentatoria de la Constitución Nacional y las garantías individuales allí consagradas. El conocido principio “*nemo tenetur se ipsum accusare*” de neta consagración constitucional se ve claramente afectado con la imposición de justificar que tanto respaldo les ha traído a los defensores de la constitucionalidad de la figura y su redacción como forma omisiva. Es que el funcionario que hace uso de su garantía constitucional de negarse a declarar se vería en la peor situación, porque hacer uso de ese derecho, para algunos es justamente la concreción del tipo penal, la conducta prohibida. La idea que algunos autores tienen respecto del deber del funcionario, es decir ese *deber* especial que se le impone por aceptar el cargo no lo convierte en un sujeto al margen de las garantías individuales, porque si no habría que informarle, Sr. Ud. de ahora en más se encuentra en virtual estado de sitio, sus garantías constitucionales se encuentran suspendidas hasta que deje el cargo y dos años mas. En primer lugar el tipo penal en modo alguno habla de ese deber con lo cual la interpretación extensiva, en contra del imputado, violatoria del principio de legalidad, aparece flagrante⁴¹.

Cabe agregar que no debe confundirse o asimilarse los tipos de omisión a la figura del art. 268 (2), por cuanto, no hay ninguna omisión integradora del tipo y la acción no puede ser no justificar (no defenderse), sino que claramente es “*Sr., no se enriquezca ilícitamente, durante su función*”. Finalmente, los mismos autores, sorprendentemente, nos dicen que no advertirle al funcionario sobre la no obligación de autoincriminarse es una falta procesal grave, pero no se relaciona con la coacción, olvidando que el resultado

³⁹ Inchausti, Miguel A. “*Enriquecimiento ilícito de funcionarios. El art. 268.2 del Cód Penal –leyes 16.648 y 25.188-*”, primera edición, editorial Ad-Hoc, año 2001, páginas 76/77. En este sentido, el citado autor se remite a Bidart Campos en cuanto sostiene que “nadie”: “...ha de interpretarse como la proscripción de todo método y de toda técnica que, antes o durante el proceso, y ante cualquier autoridad, sea administrativa o judicial, tienda a obtener, por coacción física, psíquica o moral, una declaración o confesión, o a indagar si conciencia a través de drogas o procedimientos científicos de cualquier tipo (Manual de derecho constitucional, Ediar, 1974, p.396, párr..632)” (ver páginas 78/79).

⁴⁰ Inchausti, Miguel A. obra citada, página 82.

⁴¹ Castro, julio Cesar, “El enriquecimiento de los funcionarios públicos”, en <https://www.terragnijurista.com.ar/doctrina/ilicito.htm>, extraído el día 9/04/2018.

nulificante sería idéntico. Además afirmar que intimar es coaccionar a todo indagado es falso, porque cualquier indagado, puede callar, “no justificar”, salvo el funcionario, de quien se espera que declare, para que no se complete el tipo penal. Por si esto fuera poco el órgano de persecución debe probar la imputación sin esperar nada del intimado (es más debería convertirse la indagatoria en facultativa), es decir debe probar que el enriquecimiento fue ilícito, sin esperar la mala justificación. Es claro a esta hora que la creación de esta figura surge, al igual que su reafirmación constitucional, por imperio de la ofuscación y la imposibilidad de probar los delitos que motivaron el aumento patrimonial, fundado en la inmoralidad, incumplimiento del deber del funcionario, pero no de la prueba cabal de su actividad delictiva. Las razones de política criminal entraron y sacaron por la ventana a las garantías constitucionales, como si los funcionarios no fueran sujetos amparados por los arts. 18 y 19 de la CN⁴².

De igual manera, Chiara Díaz refiere que: “...la técnica legislativa utilizada es muy pobre y confusa y permite permeabilidad en la legalidad estricta y en el principio de inocencia, ambos constitucionalmente consagrados, pues deja abierta la posibilidad que un inocente entre perfectamente en la descripción típica. Piénsese en el caso del funcionario que se enriquece lícitamente y no puede justificar su incremento patrimonial, por el motivo que fuere, obligándolo a probar que es inocente y que su incremento es legítimo. Que un inocente deba probar dicho estado, es una barbaridad jurídica, que no puede ser justamente impulsada desde el propio Parlamento. Es por ello que, desde nuestro punto de vista, el Art. 268 (2) del Código Penal no es una norma jurídica válida”⁴³.

Por otro lado, como una muestra mas de inconsecuencia del artículo, si el delito se consuma cuando el funcionario público no justifica (como una omisión), es decir, cuando el requerido no da las explicaciones conforme a derecho de un incremento patrimonial apreciable; ello, implica admitir la posibilidad de que el delito se consume luego de haberse iniciado el proceso cuyo objeto es, precisamente, investigarlo. O bien, que la omisión se produzca luego de que el funcionario haya cesado en sus funciones⁴⁴.

Por mi parte, considero que el presente delito nace de una presunción de culpabilidad, presupone un hecho delictivo que queda incierto y no probado, *in mente retenta* del acusador (verbigracia: cohecho, malversación de caudales públicos, dádivas, etc.), que sería la base de un “enriquecimiento patrimonial apreciable”, lo que da origen al ‘requerimiento de justificación’ por parte del funcionario; por lo que, éste deberá probar que es lícito todo su patrimonio.

⁴² Castro, julio Cesar, obra citada.

⁴³ Chiara Díaz, Carlos A, “Art. 268. Enriquecimiento Ilícito de Funcionarios y Empleados” en Asociación Pensamiento Penal. Código Penal comentado de acceso libre. En <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/cpcomentado/cpc37774.pdf>, extraído el 12/04/2018.

⁴⁴ Jorge, Guillermo, obra citada, página 27.

Para ilustrar ello con un ejemplo: A y B inician su carrera judicial el mismo día y ambos cobran el mismo sueldo. A durante dos años logra ahorrar 50.000 dólares y B derrochó todo su sueldo pero C le abona 50.000 dólares de *coima* por “cajonear” un expediente. A los 730 días A y B tienen el mismo patrimonio: 50.000 dólares. Sentado ello, la OA verifica que A y B de 0 pesos pasaron a 50.000 dólares –enriquecimiento apreciable– y efectúa una denuncia penal. Radicada la denuncia, sin más prueba que ofrecer que el monto considerable que tienen en sus patrimonios y no determinando ni el “ahorro” de A ni la “coima” de B, se recurre a un atajo legal y se efectúa el requerimiento de información para ambos como operativo de pesca de un delito. En efecto, A menciona que ahorró durante todo el tiempo, mostrando los extractos bancarios con lo cual demuestra que su enriquecimiento es lícito. Sin embargo, cuando le toca a B, éste no declara amparándose en el artículo 18 de la CN: conclusión comente el delito del art. 268 (2) CP. Si a la variante de la “coima” que recibió se la sustituye por una “herencia” y no declara amparándose en el artículo 18 de la CN: conclusión comente el delito del art. 268 (2) CP. Esta más que claro que, en la variante “coima”, si declara, estaría confesando un delito: conclusión comente el delito del art. 268 (2) CP.

En consecuencias, el hecho precedente (“ahorro”-“coima”-“herencia”) queda sin determinar y con la sola verificación del apreciable patrimonio que poseen se efectúa un requerimiento de justificar. Con ello, lo que quiero demostrar es que se consagra una repugnante inversión de la carga de la prueba que afecta el principio de inocencia y la garantía de la no autoincriminación.

5. Las cargas dinámicas de la prueba y su impacto en el delito de enriquecimiento ilícito.

A la espera de no ser tedioso con lo anterior y abordada la cuestión sobre argumentos a favor y en contra de la figura prevista y reprimida en el art. 268 (2) del Código Penal, con la breve conclusión a la que arribe desde la concepción tradicional, si bien es cierto que me he anticipado a emitir un rotundo juicio de valor acerca de la constitucionalidad del presente artículo, no lo es menos que, haya renunciado analizar otros aspectos de la materia que indudablemente encierran cuestiones de suma relevancia. Por ello, ahora pasaré a verificar si existe alguna excepción que permita la inversión de la carga de la prueba en el proceso penal, para ello, nos abocaremos a la teoría de las cargas dinámicas de la prueba. O sea, voy a tratar de resolver el siguiente interrogante: ¿se esta legislando vía 268 (2) CP las cargas dinámicas de la prueba para salvar el obstáculo constitucional de la inversión del *onus probandi*?

Se entiende que la teoría de las “cargas dinámicas de la prueba” distribuye la carga de la prueba (valga la redundancia) y coloca esta en cabeza de la parte que se

encuentra en mejores condiciones para producirla⁴⁵. A mayor abundancia, la misma importa un desplazamiento del *onus probandi*, según fueren las circunstancias del caso, en cuyo mérito aquel puede recaer, verbigracia, en cabeza de quien está en mejores condiciones técnicas, profesionales o fácticas para producirlas, más allá del emplazamiento como actor o demandado o de tratarse de hechos constitutivos⁴⁶.

Ahora bien, no desconozco que esta teoría puede ser de estricta aplicación en el proceso civil, ya que tuvo su nacimiento para “*aliviar la ímproba tarea de la víctima, paciente de un acto quirúrgico, consistente en producir ‘pruebas diabólicas’, tendientes a demostrar la culpa galénica en materia de responsabilidad civil medica*”⁴⁷. Sin embargo, adelanto la opinión, entiendo que dicha teoría resulta ajena al proceso penal.

Se remarca⁴⁸ que estas reglas de la carga de la prueba (que se enderezan a determinar quién debió probar determinado hecho y, sin embargo, no lo hizo) sólo cobran importancia ante la ausencia de prueba eficaz para suscitar certeza en el juez. Es que, en tal caso, el tribunal deberá fallar contra quien tenía que probar y no lo hizo.

Pero nótese que en un juicio oral y público contra un funcionario público en la República Argentina actúan del lado de la acusación –por lo menos- el Ministerio Público Fiscal y la Oficina Anticorrupción⁴⁹ (órgano del Poder Ejecutivo) y, del lado de la persona que resiste la acusación, el Defensor técnico (público o privado). Ahora bien, conjeturo que los dos órganos de la acusación no tiene prueba fehaciente del delito que llevaron a debate oral y público para fundar sus alegatos y solicitar la condena del funcionario imputado, la pregunta es, ante esa hipótesis deficitaria de la acusación y en estricta aplicación de la teoría de mención, si se le debería cargar al imputado esa ausencia probatoria durante el juicio oral, antes de la etapa del artículo 393 del Código Procesal Penal de la nación. La respuesta negativa se impone. No solamente que hay una cuestión de desigualdad de armas (2 contra 1) sino que, además, son los órganos de la acusación que deben llevar adelante todo el caudal probatorio para derribar el estado de inocencia del que goza todo imputado,

⁴⁵ Peyrano, Jorge W. y Chiappini, Julio O. “*Lineamientos de la cargas probatorias dinámicas*” en Peyrano, Jorge W. (director) Lépori White, Inés (coordinadora) “*Cargas Probatorias Dinámicas*”, Buenos Aires, Editorial Rubinzal-Culzoni, año 2004, página 16.

⁴⁶ Peyrano, Jorge W. “*Nuevos lineamientos de las cargas probatorias dinámicas*” en Peyrano, Jorge W. (director) Lépori White, Inés (coordinadora) “*Cargas Probatorias Dinámicas*”, Buenos Aires, Editorial Rubinzal-Culzoni, año 2004, página 20. También en la misma obra colectiva confrontar en el mismo sentido: Rambaldo Juan Alberto, “*Cargas probatorias dinámicas: un giro epistemológico*”, página 29; White, Inés Lepori, “*Cargas probatorias dinámicas*”, páginas 60 y 70; Barberio, Sergio José, “*Cargas probatorias dinámicas ¿Qué debe probar el que no puede probar?*”, página 101; Leguizamón, Héctor E. “*La necesaria madurez de las cargas probatorias dinámicas*”, página 117; Airasca, Ivana María, “*Reflexiones sobre la doctrina de las cargas probatorias dinámicas*”, página 137; Tepsich, María Belén, “*Cargas probatorias dinámicas*”, página 165, entre otros.

⁴⁷ Peyrano, Jorge W., “*Desplazamiento de la carga probatoria. Carga probatoria y principio dispositivo*”, en Jurisprudencia Argentina 1993-III-738.

⁴⁸ Peyrano, Jorge W. y Chiappini, Julio O., obra citada, página 14.

⁴⁹ <https://www.argentina.gob.ar/anticorrupcion>.

puesto que, sino, al contrario, al menos nos estaríamos cargando el principio de *in dubio pro reo*⁵⁰.

En efecto, la invocación judicial oficiosa al momento previo de los alegatos, cuando ya las partes han producido toda la prueba (logrando la certeza o no), de la doctrina de las cargas probatorias dinámicas entraña un serio riesgo a la garantía de la defensa en juicio y del principio de inocencia.

En el proceso penal, hacer recaer el *onus probandi* sobre la parte que está en mejores condiciones profesionales, técnicas o fácticas para producir la prueba respectiva lleva al absurdo de que, por ejemplo, un secuestrador que tiene retenida a la víctima que pretende el cobro de un rescate y ante la posibilidad que el Fiscal de instrucción y, puede ser, también, la parte querellante tengan un indicio insuficiente del supuesto autor y del lugar para activar el mecanismo del artículo que regula el allanamiento sin orden⁵¹ y ante ello impongan -en la etapa de la instrucción- que el sospechoso mencione dónde esta la víctima secuestrada⁵². Algo muy ilógico que se carga con el derecho de defensa y el *nemo tenetur se ipsum accusare* y relaja por completo el trabajo de los acusadores.

En necesario resaltar que, ni siendo cuidadoso y estricto se puede valorar la prueba allegada por la parte que se encuentra en mejores condiciones (enriquecedor ilícito/secuestrador, etcétera) para producirla porque, normalmente, la misma no estaría en condiciones de desvirtuarla o desnaturalizarla en su propio beneficio. El reparto del *onus probandi* genera consecuencias inconvenientes e inicuas en el proceso penal.

Además, el Tribunal de Juicio, retomo el ejemplo del funcionario público (también se aplica en el juzgado de instrucción), debe apreciar todos los elementos de juicio colectados en el proceso y en especial en el debate oral y público mediante la aplicación de la regla de la sana crítica. Analizada ésta y no lograda la convicción necesaria –mas allá de toda duda razonable- para llegar a una sentencia condenatoria, el juez debe absolver y no escudarse en la teoría de las cargas dinámicas de la prueba para producir prueba ya que, si lo hace, no sería el imputado juzgado por un juez imparcial.

⁵⁰ En el Código Procesal Penal Federal (ley N° 27.063 y, su modificatoria, la ley N° 27.482) establece en el Artículo 11 el *In dubio pro reo*: “En caso de duda, se estará a lo que sea más favorable para el imputado. La inobservancia de una garantía no se hará valer en su perjuicio. Las normas procesales no tendrán efecto retroactivo, a menos que sean más favorable para el imputado”.

⁵¹ Allanamiento sin orden: Art. 227. - *No obstante lo dispuesto en los artículos anteriores, la policía podrá proceder al allanamiento de morada sin previa orden judicial cuando:...*5°) *Se tenga sospechas fundadas de que en una casa o local se encuentra la víctima de una privación ilegal de la libertad y corra peligro inminente su vida o integridad física (artículo 34 inciso 7 del CÓDIGO PENAL DE LA NACION). El representante del MINISTERIO PUBLICO FISCAL deberá autorizar la diligencia y será necesaria su presencia en el lugar. (Inciso incorporado por art. 6° de la Ley N° 25.760 B.O. 11/8/2003)”.*

⁵² Sólo vale como ejemplo y no para justificar la impunidad de un delito. Que quede claro que “*No defendemos lo que hicieron, defendemos lo que son: seres humanos con dignidad*” frase de la doctora Stella Maris Martínez en la entrevista que le efectuó Marcelo Padilla V, publicada en “Art. 93. Derechos y garantías del imputado” en “*La revista de la defensoría penal pública*”, Diciembre 2017, n° 17 / año 9, página 61.

En este orden de ideas, menciono que: “...*la imparcialidad del juez tiene su contraparte en el interés directo de los sujetos en el proceso, en tanto que resulta garantía del Debido Proceso que un juez desinteresado resuelva el conflicto de las partes interesadas con un criterio objetivo e imparcial. Este criterio de objetividad implica además que el juez debe estar comprometido con el cumplimiento correcto de sus funciones y con la aplicación del derecho objetivo al caso concreto, sin que ninguna circunstancia extraña influya en sus decisiones. Entonces; en la no intromisión del juzgador en las cuestiones propias de las partes encontramos el límite que otorga la imparcialidad a la función de juzgar*”⁵³.

Así, se puede decir que la actividad judicial encaminada en el sentido que apunta la doctrina que estamos comentando tiende a beneficiar a una de las partes en el proceso ya que “*si es exacto que uno de los dos (litigantes) se beneficiará con el esclarecimiento de un punto antes oscuro, también es lógico que la subsistencia de una oscuridad favorece al otro*”⁵⁴. Ante esa oscuridad, en el proceso penal, torna aplicable el principio *in dubio pro reo*.

De ello surge que, el juez no debe meterse en las “cuestiones propias de las partes” como es la producción de la prueba y en ello radica en forma patente la imparcialidad al momento de juzgar el caso concreto.

Por otra parte, se puede mencionar que siempre puede ocurrir que no se aclaren en todos sus detalles los acontecimientos que dieron origen al proceso penal⁵⁵ o que no puedan comprobarse, ni como verdaderas ni como falsas, ciertas circunstancias que son importantes para la acusación para llegar a una certeza que requiere una sentencia condenatoria y ante un *non liquet* con respecto a la cuestión de derecho, a causa de las dudas no resueltas sobre las cuestiones de hechos, debe prevalecer la premisa que no se ha derribado el estado de inocencia del que goza todo imputado. Por lo tanto, echar mano a la teoría de las cargas dinámicas de la prueba para despejar alguna duda violenta el principio de inocencia y, además, si el imputado se negare a realizar la prueba, consideramos, que ningún efecto puede considerarse del silencio del imputado⁵⁶.

⁵³ Picado Vargas, Carlos Adolfo, “*El derecho a ser juzgado por un juez imparcial*”, en Revista de IUDEX, Número 2, Agosto 2014, páginas 43/44.

⁵⁴ Barbosa Moreira, Jose C, “*Los poderes el juez en la dirección y en la instrucción del proceso*”, en “Revista Brasileira de Direito Processual”, Forense, Rio de Janeiro, 1984, traducción Julio Chiappini extraído del artículo citado de Rambaldo “*Cargas probatorias dinámicas: un giro epistemológico*” de la obra colectiva citada, página 32.

⁵⁵ Este se debería iniciar solamente por impulso fiscal, sin embargo el artículo 195 del Código Procesal Penal de la Nación lo amplía a una prevención o información policial. Sentado lo mencionado, nunca un proceso penal se inicia por impulso del imputado, salvo –la circunstancia incierta- que se “autodenuncie”.

⁵⁶ La Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente de Fallos: 330:1975 (“Casas”) resolvió, remitiéndose al dictamen del Procurador Fiscal, que –en lo que aquí importa-: “*Como bien lo expresa la defensa -y no es necesario extenderse sobre el punto, debido a la claridad de la cuestión si la Corte valora negativamente (a los efectos que fueran: en este caso, para agravar la pena en virtud de la falta de*

Si la acusación afirma un hecho y lo lleva a juicio, transitando por todas las etapas del proceso penal y el imputado lo niega o guarda silencio resulta razonable que sea la parte acusadora la que deba probar o demostrar la afirmación de que un hecho ha sucedido y no cargar al imputado con la prueba de que tal hecho no sucedió.

Por otra parte, se sostiene que el desplazamiento del *onus probandi* que importa la aplicación de la doctrina de las cargas probatorias dinámicas funciona, de ordinario, respecto de determinados hechos o circunstancias y no de todo el material fáctico. Ello implica que tal aplicación no acarrea un desplazamiento completo de la carga probatoria, sino tan solo parcial; conservándose en cabeza de la otra parte la imposición de ciertos esfuerzos probatorios⁵⁷.

Desde ese vértice, si una parte (defensa) debe probar lo que la otra (acusación) no pudo⁵⁸, aplicando la teoría de las cargas dinámicas de la prueba, se abren dos opciones: que esa prueba que se pretende que la defensa desarrolle o introduzca al proceso sea dirimente o no. En la primera opción, la prueba solicitada zanja definitivamente la cuestión debatida, por lo que, la restante prueba efectuada por los acusadores resulta irrelevante y no logra dar la certeza requerida para una condena. Aquí el imputado carga con la prueba definitiva en la resolución del pleito. En la segunda opción, si se requiere una prueba que no es dirimente, se está solicitando una prueba insustancial e innecesaria de producción⁵⁹.

En definitiva, parece un artilugio argüir que no existe un desplazamiento completo del *onus probandi*, puesto que siempre se va a solicitar al imputado una prueba

arrepentimiento del autor por el hecho) expresiones defensivas del imputado, relativas a que no habría cometido el hecho, o que lo habría cometido en circunstancias menos graves, viola la prohibición que lo protege de la autoincriminación, consagrada en el artículo 18 de la Constitución Nacional.

Resulta claro: el imputado niega haber cometido el hecho y ello es usado como agravante de “falta de arrepentimiento” en su contra. La consecuencia de ese razonamiento implica la existencia de un estímulo - para ese imputado, pero además, válido para los casos siguientes- de confesar el hecho, para que su negativa no sea valorada en su contra. Pero justamente ese tipo de estímulo a la confesión está prohibido por el artículo 18 de la Constitución Nacional, ya que por definición, pone al imputado en una alternativa tal que, en caso de no seguirlo, le esperan consecuencias gravosas. Dicho de otra manera: contraviene a la protección constitucional contra la autoincriminación la creación, por parte de las autoridades que conducen el proceso, de una situación tal que si se elige no confesar, se sufrirán consecuencias negativas directamente relacionadas con el proceso. En este caso, la conducta del imputado se inscribe en el marco de una práctica violatoria de la garantía porque si no confiesa -como de hecho sucedió- se le agrava la pena por “falta de arrepentimiento”, mientras que si confiesa se le valorará tal confesión como prueba de su responsabilidad penal. Este agravio, por lo tanto, debe ser tenido en cuenta”. También, ver Daniel Eduardo Rafecas “El coste de la mentira: una puesta en peligro de la garantía contra la autoincriminación”, en Revista de Derecho Penal, Año 2001 - 2. Garantías constitucionales y nulidades procesales - II., páginas 591/610.

⁵⁷ Cfr. Peyrano, Jorge W. “La doctrina de las cargas probatorias dinámicas y la maquina de impedir en materia jurídica” de la obra citada colectiva, página 95.

⁵⁸ Aclaración, tomo como ejemplo que la defensa deba realizar “la” prueba ya que si es la fiscalía no resultaría discutible este tópico.

⁵⁹ Lo que da de bruces con el artículo 356 del CPPN (Admisión y rechazo de la prueba) en cuanto estipula que: “El presidente del tribunal ordenará la recepción oportuna de las pruebas ofrecidas y aceptadas...El tribunal podrá rechazar, por auto, la prueba ofrecida que evidentemente sea impertinente o superabundante”

determinante de su culpabilidad y no otra distinta, ya que si sería otra conduciría a que es superflua y, por ende, no se requeriría.

Por otro lado, la aplicación en el proceso civil de la doctrina en estudio presupone una situación de desigualdad⁶⁰. El ejemplo paradigmático que da inicio a esta teoría, como ya lo dije, es la cuestión de la responsabilidad civil de la mala praxis médica. Sin embargo, una cuestión es la relación médico-paciente donde este último se encuentra en una relación de sujeción: ya sea por desconocer las técnicas médicas o se encontraba inconsciente al momento de efectuar la intervención, etcétera, lo que deriva que el galeno se encuentra en una posición dominante y superior y podríamos argüir, en el proceso civil, que en virtud de ello, encuentra asidero la teoría de las cargas dinámicas de la prueba; sin embargo, nadie en su sano juicio puede mencionar que, en un proceso penal, el imputado está en una situación de superioridad o dominante con respecto, al caso del ejemplo ya citado, al representante del Ministerio Público Fiscal y a la Oficina Anticorrupción (o uno de ellos). Por ello, pretender desplazar la carga probatoria aliviando el *onus* que le compete a esos dos órganos del Estado, aun cuando el imputado está en mejores condiciones para probar el hecho (en clara contravención del art. 18 de la Constitución Nacional), resulta a todas luces impropio al principio de inocencia y desbarata toda estrategia defensiva.

La teoría de la solidaridad probatoria o de la prueba compartida nació bajo la invocación del valor justicia y de la necesidad de averiguar la “verdad real” u “objetiva”⁶¹ porque tiende a propender a una sentencia la más cercana a lo justo. En definitiva, según esta concepción, la verdad objetiva o material debe prevalecer sobre la verdad formal. Al contrario de ello, Guzmán expresa con bastante elocuencia con respecto al proceso penal que: *“El juez no necesita conocer la verdad de lo acontecido para resolver el caso y mucho menos debe buscarla, puesto que cuando no llega a conocerla cuenta con los criterios jurídicos de decisión (el principio de inocencia y el in dubio pro reo), que le dan las armas necesarias para decidir. En otras palabras, la verdad no debería ser buscada por el magistrado ante la inactividad de las partes durante el proceso, pero su conocimiento –y ésta es la cuestión que debe remarcarse incasablemente- sí será necesario cuando lo que se pretenda sea la imposición de una condena. De modo que, en todo caso, el conocimiento del hecho por el cual se condene –o, mejor dicho, la comprobación de la verdad de la hipótesis acusatoria- no podrá ser considerado como un fin en sí mismo, sino solamente como una condición sine qua non de la validez de la sentencia condenatoria por medio de*

⁶⁰ Cfr. Barberio, Sergio José, “Cargas Probatorias Dinámicas ¿Qué debe probar el que no puede?”, de la obra colectiva citada, página 104.

⁶¹ Cfr. Rambaldo, Juan Alberto, “Cargas Probatorias Dinámicas: Un giro epistemológico”, página 31, en la misma línea también: Baracat, Edgar J. “Estado actual de la teoría de la carga dinámica de la prueba con especial referencia a antecedentes jurisprudenciales y a la materia juzgada”, páginas 282/283 en Peyrano, Jorge W. (director) Lépori White, Inés (coordinadora) “Cargas Probatorias Dinámicas”, Buenos Aires, Editorial Rubinzal-Culzoni, año 2004.

la cual se aplique la norma sustantiva, del mismo modo que lo será también el respeto de todas las garantías penales y procesales que integrante del sistema penal.

La comprobación de la verdad de la hipótesis acusatoria correrá por cuenta de quién tiene la carga de la prueba, es decir, el acusador. La garantía de la carga de la prueba significa justamente esto: que el acusador debe comprobar la verdad de su hipótesis. Y si él no logra llevar a cabo dicha misión, entonces el juez deberá resolver el caso en función de aquellos otros criterios jurídico de decisión establecidos en respeto de otros valores que el sistema normativo también reconoce”⁶².

Resulta errado sostener que, si la verdad es lo que debe conocerse como finalidad del proceso, por lo tanto, no pueden obviarse pruebas que conduzcan a ella y aquí entraría a jugar un juez activo. Considero, por lo expuesto que de ningún modo el juez puede suplir la inactividad de las partes para completar o confirmar la hipótesis acusatoria.

En este orden de ideas, tampoco se puede exigir al imputado que colabore con el juez y menos con el proceso penal en busca de la verdad porque el magistrado no puede formarse un juicio sobre la acusación ya que, reitero, la incertidumbre beneficia al imputado. Si luego de producidas íntegramente la totalidad de las pruebas, el juez no logra tener la certeza necesaria sobre la verosimilitud de los hechos (nótese que si la tiene es para condenar), se debe absolver al imputado. En definitiva, si la acusación no prueba el hecho, pierde el litigio.

Si bien me parece que con todo lo expuesto hasta aquí alcanza para efectuar una crítica seria a la teoría de las cargas dinámicas de la prueba en el proceso penal y que no se puede apelar a ella para justificar el delito de enriquecimiento ilícito de funcionarios públicos, conviene expresar algunas cuestiones más en particular.

En efecto, se afirma la aplicación de la teoría de referencia en relación con los eximentes penales, por ejemplo, la legítima defensa que es una causa de justificación⁶³.

⁶² Guzmán, Nicolás, *“La verdad en el proceso penal. Una construcción a la epistemología jurídica”*. Editores Del Puerto. segunda edición actualizada y ampliada. Año 2011, página 208.

⁶³ A mayor abundancia, este instituto autoriza a defender bienes propios atacando bienes jurídicos de quien trata de agraviar aquellos. Creus la cataloga como una acción de repulsa autorizada (*“Derecho Penal Parte General”*, cuarta edición, página 317). Por su parte, Jescheck la define como *“...la defensa requerida para apartar de sí o de otro una agresión actual antijurídica”* (*“Tratado de Derecho Penal Parte General”*, cuarta edición, página 303). Y el fundamento se halla en el principio de que *“el derecho no tiene por qué soportar lo injusto”* (Zaffaroni, *Derecho Penal Parte General*, Zaffaroni, Eugenio Raul, Alagia-Slokar, *“Derecho Penal. Parte General”*. Editorial Ediar, segunda edición, página 610). Asimismo, Donna sostiene un doble fundamento: 1) la defensa del bien jurídico en particular, que surge de la propia normativa, en el sentido de que la defensa sólo es permitida en cuanto se trate de la persona o derechos propios o ajenos, esto es, de bienes personales y 2) la necesidad de defensa del orden jurídico, en el sentido de que el derecho siempre debe prevalecer sobre el injusto (*“Teoría del Delito y de la Pena”*, tomo 2, Editorial Rubinzal Culzoni, página 139).

Al respecto, se sostiene que “...*el imputado de homicidio será quien se encuentre en mejor situación de probar la eximente, ello en relación a quién ejerce el poder de acusación, en este caso el fiscal*”⁶⁴ y, por lo tanto, es de aplicación la teoría de las cargas dinámicas de la prueba en el proceso penal. Si bien esa premisa es exacta, en cuanto que el imputado debe probar la eximente de responsabilidad; no lo es menos que, omite una circunstancia importante, para que opere la legítima defensa la acusación, previamente, deberá probar, por ejemplo, la acción de homicidio o robo, etcétera. Aquí es de hacer notar que el hecho constitutivo (ejemplo: homicidio de X) lo debe probar la acusación y el hecho impeditivo o eximente de responsabilidad –valga la reiteración, previamente acreditada por la acusación- deberá efectuarlo la defensa⁶⁵.

En consecuencia, considero que no existe inversión de la carga de la prueba en esos casos, sólo existe una confusión entre quién debe probar los hechos constitutivos y, por su parte, los impeditivos. Los primeros se relacionan con la carga de la prueba (prueba de cargo) y los debe probar sin excepción la parte acusadora. Los segundos conciernen al derecho de aportar pruebas (prueba de descargo) que le atañe al imputado.

A mayor abundancia, no es admisible el argumento analógico a una causa de justificación para justificar la carga de la prueba en cabeza del imputado en el delito previsto y reprimido en el art. 268 (2) del Código Penal. Enriquecerse no es delito, como lo podría ser la muerte de una persona (homicidio). Lo que sucede es que se sospecha que, detrás de la riqueza de un funcionario, hay otro delito y, como éste no se puede probar, se invierte la carga de la prueba y con ello se construye el tipo penal⁶⁶.

Para concluir, Fernández afirma que en el juicio penal no tiene lugar una distribución de la carga de la prueba entre las partes puesto que: “...*en el proceso penal el imputado no está obligado a probar su inocencia –malgrado de que puede por supuesto producir prueba de descargo-, sino que es una carga del Ministerio Público, para sostener su acusación, el deber de acreditar la responsabilidad penal que le atribuye al reo. Ergo, no es aplicable al proceso penal la teoría de las cargas probatorias dinámicas, ni ninguna otra suerte de inversión de la carga de la prueba, pues el aporte de eficiente prueba de*

⁶⁴ Acosta, Daniel Fernando “*Cargas Probatorias dinámicas y proceso penal*”, de la obra colectiva citada, página 528.

⁶⁵ En situación análoga, confrontar: CSJN, Fallos 324:4039, en donde hizo suyo los fundamentos del dictamen del Procurador General. Allí dictaminó que: “*También en estos aspectos, y teniendo presente las excusas del acusado, conviene recordar que éste “no tiene la carga de probar la disculpa aunque no aparezca probable o sincera” (Clariá Olmedo, obra citada, pág. 246), pues “no destruida con certeza la probabilidad de un hecho impeditivo de la condena o de la pena, se impone la absolució*” (“*Derecho Procesal Penal Argentino*”, Julio B. J. Maier, tomo 1B, pág.271, Editorial Hammurabi, 1989). Y Ricardo C. Núñez afirma sin retaceos que “*la falta de certeza sobre la inexistencia de los presupuestos de una causa de justificación, e inculpabilidad o de impunidad posible, según el caso, conduce a su afirmación*” (“*In dubio pro reo, duda sobre la ilicitud del hecho*”, La Ley, 48-1 y siguientes)” (página 10 del dictamen).

⁶⁶ Donna, Edgardo Alberto, “*Delitos contra la administración pública*”, segunda edición actualizada. Colección autores de Derecho Penal dirigida por Edgardo Alberto Donna. Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, año 2008, página 438.

*cargo es un imperativo del propio interés del acusador, quien debe destruir la presunción de inocencia, aportando los elementos de cargo indispensables al efecto*⁶⁷.

En definitiva, la teoría de las cargas probatorias dinámicas resultan extrañas por esencia al proceso penal ya que encuentra una importante valla para su aplicación en el principio de inocencia y su corolario *in dubio pro reo*, como así también afecta el *nemo tenetur se ipsum accusare* y el derecho a ser juzgado por un juez imparcial.

6. El Artículo 36 de la Constitución Nacional (Incorporado por la reforma constitucional de 1994).

Existen en la doctrina autores –como se verá- que justifican la inversión de la carga de la prueba, para justificar la constitucionalidad del artículo 268 (2) del Código Penal, con sustento en el artículo 36 de la Constitución Nacional⁶⁸.

En tal sentido, dicho artículo se relaciona con el delito previsto y reprimido en el artículo 268 (2) del Código Penal en lo relativo a que: *“Atentará asimismo contra el sistema democrático quien incurriere en grave delito doloso contra el Estado que conlleve enriquecimiento, quedando inhabilitado por el tiempo que las leyes determinen para ocupar cargos o empleos públicos”*.

En doctrina se sostiene que con la implementación de dicho artículo se consagra el “derecho humano a la transparencia” puesto que *“...la obligación de aquel deber relacionado con la transparencia de la situación patrimonial de los funcionarios públicos ya no sólo tiene base en el interés social de que los administradores (quienes tienen el manejo de los fondos públicos) desempeñen honestamente sus funciones, sino que ha visto consolidada su jerarquía constitucional a partir de la reforma de 1994”*⁶⁹.

Ahora bien, se ha mencionado directamente y sin disimulos que: *“...se califica a esta categoría de ilícitos como ‘atentado al sistema democrático’, previsión que ésta*

⁶⁷ Fernández, Gonzalo D., *“Los principios generales del proceso penal acusatorio. Luces y sombras”*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, año 2007, página 66.

⁶⁸ El presente artículo reza: *“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”*.

⁶⁹ Todarello, Guillermo Ariel, obra citada, páginas 333/334.

habilita la operatividad excepcional del artículo 32.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en cuanto limita los derechos de cada persona a las justas exigencias del bien común en una sociedad democrática. Es precisamente la exigencia de la vida en una sociedad democrática, ante la sospecha de un atentado al orden democrático (art. 36, párr. 5ª, Const. Nac.), la que habilita esta inversión de la carga de la prueba, con la operativa de las cargas probatorias dinámicas”⁷⁰.

Sin embargo, ante esa posición extrema de suspensión de garantías constitucionales se contraponen la opinión que efectúa Inchausti en cuanto a que: “...el texto del art. 36 referido, de manera alguna altera el principio de no estar nadie obligado a declarar contra sí mismo, ni tampoco una de sus derivaciones en orden a que la prueba está a cargo de *eu qui dicit* y no de *aquel qui negat*. Las reglas del debido proceso no se han alterado por aquél texto. Si alguna duda quedara, recuérdese la categórica remisión que hace la Carta, en esa misma versión 1994 —y que es la vigente— a la Convención Interamericana de Costa Rica, en el art. 75, inc. 22 de aquélla. La garantía del art. 8º, de dicha Convención, es imperativo vigente. Es oportuno recordar textos de la misma: ‘Toda persona inculpada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca su culpabilidad’ (apart. 1º); ‘Derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable’ (apart. 2º, inc.g.); ‘La confesión del inculcado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza’ (apart. 3º)”⁷¹.

Es tal la postura correcta la que mantiene Inchausti que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos no desconoció la aplicación de las garantías constitucionales aún ante graves atentados contra la democracia⁷², por citar el caso paradigmático de Abella⁷³, la aplicación del procedimiento penal de juzgamiento en instancia única, constituyó una violación del derecho de los peticionarios a recurrir el fallo ante juez o tribunal superior, como lo exige dicho artículo de la Convención Americana. El efecto de dicha circunstancia fue que los peticionarios no tuvieron acceso a un recurso efectivo que los ampare contra actos violatorios de sus derechos fundamentales, en virtud

⁷⁰ Acosta, Daniel Fernando, obra citada, página 539. En la misma tónica, Humberto Vidal “*El enriquecimiento ilícito es un delito de jerarquía constitucional*”, en *La Voz del Interior*, publicado el día 5/9/1996 y José Severo Caballero “*El enriquecimiento ilícito de los funcionarios y empleados públicos (Después de la reforma constitucional de 1994)*”, LL, LX, n° 245, diario del 20/12/1996.

⁷¹ Inchausti, Miguel A., obra citada, página 70.

⁷² Informe n° 55/97, Caso 11.137 Juan Carlos Abella vs. Argentina, 18 de noviembre de 1997. En efecto, el caso versaba sobre los eventos que tuvieron lugar el 23 y el 24 de enero de 1989 en el cuartel militar del Regimiento de Infantería Mecanizada No. 3 “Gral. Belgrano” (RIM 3) localizado en La Tablada, Provincia de Buenos Aires. El 23 de enero de 1989, 42 personas armadas protagonizaron un ataque al mencionado cuartel, resultando en un combate de aproximadamente 30 horas entre los atacantes y fuerzas de seguridad de Argentina, que resultó en las muertes de 29 de los atacantes y varios agentes del Estado. El cuartel del RIM 3 contaba con un arsenal, de donde los atacantes se apoderaron de varias armas que utilizaron para defender sus posiciones luego de haber ingresado al mismo.

⁷³ El nombrado fue juzgado con arreglo a las disposiciones procesales de la Ley 23.077, que creaba un procedimiento penal especial de ser juzgado en instancia única que no contemplaba apelación ni recurso amplio ante ningún tribunal de alzada.

de lo cual la Comisión concluyó que el Estado argentino era igualmente responsable de la violación del artículo 25.1 de la Convención Americana respecto a dichas personas.

Las convenciones internacionales firmadas por el Estado argentino no deben llevar a violar garantías básicas y menos a hacer interpretaciones extensivas de la ley a los fines de conformarse a ellas. Los derechos humanos están siempre por encima de toda conveniencia de política criminal, salvo que no se tenga un convencimiento profundo de ellos⁷⁴.

Para que se encuentre operativa una presunción de culpabilidad “...*ser debidamente requerido, no justificare*”, se parte o se echa mano a otra presunción que –se debe comprobar– que atenta “...*contra el sistema democrático quien incurriere en grave delito doloso contra el Estado que conlleve enriquecimiento*”. Las presunciones se deben demostrar no alegar indiscriminadamente para justificar la tipificación de un delito.

En este orden de ideas, Sancinetti sostiene que: “*Lo que justamente queda abierto es cómo se llega a la convicción de que alguien ha cometido ‘grave delito doloso contra el Estado que conlleve enriquecimiento’, ¿se puede llegar a esa convicción violando las garantías constitucionales? Claro que no. Cuando el art. 75, inc. 22, de la nueva Constitución dice que los tratados de derechos humanos suscriptos por la Nación ‘tiene jerarquía constitucional’, justamente agrega que ‘no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse como complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos’. De manera que la Constitución de 1994 no quiere modificar en nada los presupuestos del Derecho penal del Estado de Derecho: legalidad, culpabilidad, proporcionalidad, principio de inocencia, nadie está obligado a declarar contra sí mismo, etc. En pocas palabras: el saldo reza que quien cometa cohecho, peculado, aceptación de dádivas, etc., que implique enriquecimiento, debe sufrir la inhabilitación que establezca la ley. Derivar de allí la validez de una forma determinada de perseguir los enriquecimiento ilícitos es ‘poner los caballos detrás del carro’*”⁷⁵.

Lo que vengo afirmando tiene su correlato en los precedentes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que veda expresamente la inversión de la carga de la prueba.

En efecto, se afirma que: “...*la presunción de inocencia implica que el acusado no debe demostrar que no ha cometido el delito que se le atribuye, ya que el onus probandi corresponde a quien acusa. Así, la demostración fehaciente de la culpabilidad constituye un requisito indispensable para la sanción penal, de modo que la carga de la prueba recae en la parte acusadora y no en el acusado*”⁷⁶. Asimismo, “*Este estado jurídico de inocencia*

⁷⁴ Inchausti, Miguel A., obra citada, página 531.

⁷⁵ Sancinetti, Marcelo A, obra citada, página 220.

⁷⁶ Corte IDH, *Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México*, Serie C n° 220, sentencia de 26 de noviembre de 2010, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, párrafo 182.

*se proyecta en diversas obligaciones que orientan el desarrollo de todo el proceso penal. Así, la demostración fehaciente de la culpabilidad constituye un requisito indispensable para la sanción penal, de modo que la carga de la prueba recae en la parte acusadora y no en el acusado. En este sentido, el acusado no debe demostrar que no ha cometido el delito que se le atribuye, ya que el onus probandi corresponde a quien acusa y cualquier duda debe ser usada en beneficio del acusado. Por otro lado, el principio de presunción de inocencia implica que los juzgadores no inicien el proceso con una idea preconcebida de que el acusado ha cometido el delito que se le imputa*⁷⁷. En este mismo orden de ideas, se menciona que: *“La Corte considera que el derecho a la presunción de inocencia es un elemento esencial para la realización efectiva del derecho a la defensa y acompaña al acusado durante toda la tramitación del proceso hasta que una sentencia condenatoria que determine su culpabilidad quede firme. Este derecho implica que el acusado no debe demostrar que no ha cometido el delito que se le atribuye, ya que el onus probandi corresponde a quien acusa*”⁷⁸. Criterio que ha sido reiterado sistemáticamente⁷⁹.

Por otra parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos indica que: *“La Corte destaca que la carga de la prueba se sustenta en el órgano del Estado, quien tiene el deber de probar la hipótesis de la acusación y la responsabilidad penal, por lo que no existe la obligación del acusado de acreditar su inocencia ni de aportar pruebas de descargo. Es decir, la posibilidad de aportar contraprueba es un derecho de la defensa para invalidar la hipótesis acusatoria, contradiciéndola mediante contrapruebas o pruebas de descargo compatibles con hipótesis alternativas (contra-hipótesis), que a su vez la acusación tiene la carga de invalidar*”⁸⁰.

No hay resquicio para la duda que en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos la demostración fehaciente de la culpabilidad de un imputado forma una exigencia indispensable para la imposición de una sanción penal, de modo que la carga de la prueba recae siempre en la parte acusadora y no en el acusado. Lo contrario equivaldría a una inversión clara de la carga probatoria vedada fehacientemente por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

7. Conclusión.

⁷⁷ Corte IDH, *Caso Ruano Torres Vs. El Salvador*, Serie C n° 303, sentencia de 5 de octubre de 2015, Fondo, Reparaciones y Costas, parágrafo 127.

⁷⁸ Corte IDH, *Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111, parágrafo 154.

⁷⁹ Corte IDH, *Caso García Asto y Ramírez Rojas Vs. Perú*. Sentencia de 25 de noviembre de 2005. Serie C No. 137, parágrafo 160.

⁸⁰ Corte IDH, *Caso Zegarra Marín Vs. Perú*, Serie C n° 331, Sentencia de 15 de Febrero de 2017, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, parágrafo 140.

Por todo lo expuesto, considero que no hay manera de defender la constitucionalidad del delito de enriquecimiento ilícito en virtud que resulta violatorio de la presunción de inocencia y de la garantía que ampara a todo ciudadano a no autoincriminarse o declararse culpable.

En primer lugar, pienso que el presente delito nace de una presunción de culpabilidad puesto que es el imputado el que debe acreditar que no ha incurrido en ningún delito para enriquecerse y, ello, conlleva la vulneración del principio de inocencia al invertir la carga de la prueba.

En este orden de ideas, se sospecha que una vez detectado el “enriquecimiento” y que ello no puede explicarse a partir de las actividades conocidas por el funcionario público, se presume que debe tener su origen en una actividad delictiva, lo que se traduce, en su ámbito específico, en la sospecha de actos de corrupción, a saber: malversación de caudales públicos, cohecho, tráfico de influencias, negociaciones incompatibles, etcétera. Sentado ello, en vez que el Estado profundice la investigación para averiguar cuál es el origen de ese “enriquecimiento” se le impone al imputado la tarea de demostrar su inocencia al aclarar que ese acrecentamiento es lícito.

A la par de ello, como corolario de la inversión de la carga de la prueba, resulta vulnerado también la garantía de la no autoincriminación, puesto que si el sospechoso desea guardar silencio va ser castigado precisamente por no realizar una actividad probatoria positiva tendiente a demostrar el origen lícito de su incremento patrimonial, en tanto que si dicho incremento proviene de un delito se le obliga a confesarlo.

En segundo lugar, si bien los funcionarios públicos se encuentran en una especial posición; ello, no implica que se lo deba juzgar de cualquier modo, sorteando las garantías constitucionales que posee todo ciudadano inculcado de un delito.

En efecto, cuando se imputan hechos reprobables constitutivos como presuntamente graves atentados contra la democracia cometidos por un funcionario público no se debe imponer excepciones a la Constitución Nacional que regula los derechos y garantías durante el proceso para su juzgamiento. Ya que, los artículos 18 de la Constitución Nacional y los artículos 8.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos y 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos son también aplicables a las personas imputadas de esos hechos.

Nótese al respecto que el art. 1° de la Convención Americana y de los arts. 2.1 Pacto Internacional, en la medida en que los derechos que esas Convenciones reconocen y obligan a garantizar alcanzan, salvo cláusula específica en contrario, a todas las personas sujetas a la jurisdicción de los Estados Partes. Puesto que los artículos 8 de la CADH y 14 del PIDCP se refieren al derecho de “*toda persona*” sin distinción de la naturaleza de los “*cargos*” que se formulan contra ella, nada podría justificar la inferencia de que esos

artículos no fuesen aplicables a las personas implicadas en un proceso de corrupción o, en especial, imputadas del delito de enriquecimiento ilícito y, de allí, prescindirse del principio de inocencia y la garantía de declarar contra si mismo⁸¹.

El ingreso de cualquier ciudadano a la función pública no lo despoja de la especial protección constitucional.

En este orden de ideas, no es posible tolerar la inversión de la carga de la prueba como “algo” que el funcionario público debe soportar al someterse en forma voluntaria a desempeñar funciones públicas.

Por todo lo expuesto, no hay ningún motivo atendible para tratar los casos de imputados de delitos de corrupción, aun cuando sea un flagelo desagradable que afecta actualmente a la sociedad argentina, con estándares diferentes a los de cualquier imputado en un proceso penal. Es por eso que puedo concluir que el ingreso voluntario a la función pública no determina sin más la validez de una norma, como lo es el art. 268(2) del Código Penal que establece una restricción tan fuerte al derecho constitucional a ser presumido inocente y derecho a no declarar contra si mismo o a no confesarse culpable.

En tercer lugar, considero que la teoría de las cargas dinámicas de la prueba es una institución ajena al proceso penal porque siempre el *onus probandi* se encuentra en cabeza de la parte acusadora, por lo tanto, no se puede recurrir a esa teoría para justificar el delito de enriquecimiento ilícito.

Que quede claro, corresponde exclusivamente a la parte acusadora y no a la defensa, proponer y ejecutar una prueba válida y suficiente para demostrar la participación del acusado en el hecho punible. La primera garantía que produce la “presunción de inocencia” es un reforzamiento de la carga de la prueba en la parte acusadora, quien debe probar en el juicio los elementos constitutivos de la pretensión penal. A la acusación corresponde, no a la defensa, la realización de esa actividad probatoria de cargo necesaria para desvirtuar la presunción de inocencia.

Por todas las razones expuestas, considero que resulta contraria a las garantías constitucionales la tipificación del delito previsto y reprimido en el artículo 268 del Código Penal ya que al integrar los elementos típicos de una infracción penal al margen de una actividad probatoria válida infringe las garantías de un Estado de Derecho.

⁸¹ La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dicho en “*Velásquez Rodríguez c. Honduras*”, sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C, Nº 4, que: “154. Está más allá de toda duda que el Estado tiene el derecho y el deber de garantizar su propia seguridad. Tampoco puede discutirse que toda sociedad padece por las infracciones a su orden jurídico. Pero, por graves que puedan ser ciertas acciones y por culpables que puedan ser los reos de determinados delitos, no cabe admitir que el poder pueda ejercerse sin límite alguno o que el Estado pueda valerse de cualquier procedimiento para alcanzar sus objetivos, sin sujeción al derecho o a la moral. Ninguna actividad del Estado puede fundarse sobre el desprecio a la dignidad humana”.