

# **XIV Congreso Nacional de Derecho Político**

**DERECHO Y POLITICA EN LA  
DEMOCRACIA.**

*Tensiones y Debates*

**AADP**

ASOCIACIÓN ARGENTINA DE DERECHO POLÍTICO

XIV Congreso Nacional de Derecho Político: Derecho y Política en la Democracia. Tensiones y debates / Ernesto Castrelos ... [et al.] ; compilado por Héctor Zimmerman ; Alvaro Monzón Wyngaard ; Carlevaro Agustin ; editado por Héctor Zimmerman ; Alvaro Monzón Wyngaard ; Agustin S. Carlevaro. - 14a ed revisada. - Corrientes: Universidad Nacional del Nordeste, 2018.

DVD-ROM, PDF

ISBN 978-987-3619-33-5

1. Derecho. 2. Democracia. 3. Argentina. I. Castrelos, Ernesto II. Zimmerman, Héctor, comp. III. Monzón Wyngaard, Alvaro, comp. IV. Agustin, Carlevaro, comp. V. Zimmerman, Héctor, ed. VI. Monzón Wyngaard, Alvaro, ed. VII. Carlevaro, Agustin S., ed.

CDD 340.1

---

## AUTORIDADES

### ASOCIACIÓN ARGENTINA DE DERECHO POLÍTICO. COMISIÓN DIRECTIVA 2016-2019

---

El 22 de septiembre de 2016 se realizó en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario, la Asamblea de elección de autoridades de la Asociación Argentina de Derecho Político - AADP para el período 2016-2019. La actual Comisión Directiva de la Asociación Argentina de Derecho Político está integrada por:

**Presidente:**

*Alvaro MONZÓN WYNGAARD (UNNE)*

**Vicepresidente 1°:**

*Consuelo PARMIGIANI DE BARBARÁ (UNC)*

**Vicepresidente 2°:**

*Solange DELANNOY (UNR)*

**Vicepresidente 3°:**

*Ricardo DEL BARCO (UNC)*

**Vicepresidente 4°:**

*Miguel DUARTE (UNC)*

**Secretario General:**

*Héctor ZIMERMAN (UNNE)*

**Prosecretario General:**

*Gustavo PONCE ASAHAD (UNR)*

**Tesorero:**

*Omar Ulises D'ANDREA (UNNE)*

**Protesorero:**

*Marcelo MONAYAR (UNCa)*

**Vocales titulares:**

*1° Jorge Edmundo BARBARÁ (UNC)*

*2° Adriana MACK (UNR)*

*3° Edgar Gustavo FERNÁNDEZ SUÁREZ (UNC)*

*4° Gustavo GONZALEZ (UBA)*

*5° Julio PLAZA (UNTucumán)*

**Vocales suplentes:**

*1° Ernesto CORDEIRO GAVIER (UCC)*

*2° Magalí MIRANDA (UNC)*

*3° Noelia DI MONTE (UNR)*

*4° Cecilia CARRERA (UNC)*

*5. Alejandro CASSANI (UNC)*

# El delito de enriquecimiento ilícito en la Argentina. Una nueva garantía constitucional y la necesidad de su adecuada instrumentación

Armando Rafael Aquino Britos

*Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas de la Universidad Nacional del Nordeste.  
arafael41@hotmail.com*

**Comisión:**

**Estado de Derecho: Discusiones en torno a la división de poderes.**

*Resumen*—El presente trabajo realiza análisis en torno a las discusiones actuales sobre el Estado Democrático de Derecho y la aparición de una nueva garantía constitucional frente al fenómeno de la corrupción. En un primer momento, se definirán instituciones que operarán en el trabajo, tales como derechos humanos, sociedad, transparencia, dignidad humana, abuso de poder, corrupción, entre otros. A partir de allí, el estudio se divide en un primer acápite en el cual se estudia al objeto de investigación dentro del sistema jurídico, un segundo acápite que determina los mandatos constitucionales implicados, en particular, aquellos que responden garantías constitucionales. A continuación, se pasará revista de los resultados obtenidos en la investigación, comprendidos en la interpretación judicial, la insuficiencia de la ley de ética en la función pública, la necesidad de tipificación del delito de enriquecimiento ilícito como traición a la patria, la situación en el marco del derecho penal, la consiguiente reforma del código penal y el delito de enriquecimiento ilícito y su necesidad de modificación de la política criminal. Las conclusiones de trascendencia obtenidas son, a saber: a) Existe una novel garantía constitucional de protección del patrimonio público y colectivo cuya titularidad puede ejercerla cualquier ciudadano más allá de la acción que pueda (y deba) ejercer el Ministerio Público Fiscal; b) El bien jurídico constitucional no tiene correspondencia con el bien jurídico penal. El reconocimiento constitucional se inscribe en el Capítulo 2° “nuevos derechos y garantías” que se incorpora a la dogmática constitucional con la reforma de 1994; c) Es menester una nueva política criminal en este sentido. El delito constitucional del traidor a la patria obliga a una sanción que debe ser la exclusión del funcionario (ciudadano) infractor, ya que abusa de su condición y toma los bienes y peculio de todos para llevarse estos para sí..”Los delitos del traidor a la patria merecen en este caso la pena que en otros tiempos se aplicaba a los ciudadanos por estas circunstancias: El ostracismo, por ello la inhabilitación debe ser a perpetuidad; d) Con la reforma constitucional de 1994 la suscripción de los tratados internacionales citados quedó sepultada la discusión sobre la supuesta inconstitucionalidad del art. 268 del Código Penal. Ha sido un gran aporte la modificación a la referida figura la ley 25.188; e) El decomiso y la multa deben ser sanciones tan severas como la inhabilitación dado el bien jurídico protegido; f) La pena de prisión debe guardar el principio de proporcionalidad y por lo tanto no debe ser tan significativa y alta sino eficaz, y; g) El reconocimiento de la novel garantía constitucional tiene como protagonista a cada ciudadano y obliga a extremar el celo y cuidado de la función de los órganos de control, entre ellos el Ministerio Público Fiscal como los internos, Fiscalía de Investigaciones Administrativas etc.

**PALABRAS CLAVES:** Corrupción, Dignidad Humana, Enriquecimiento Ilícito, Democracia

## I. INTRODUCCIÓN

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

En otro trabajo [1] hemos analizado el tema desde una amplia perspectiva destacando cómo ese fenómeno socava las bases mismas del régimen político e institucional.

La calidad institucional y democrática de un país, su fortaleza y eficacia se miden por los mecanismos de control y de transparencia; institucionales y también sociales. Como no existe relación visible y concreta en cómo y cuánto afecta la corrupción los más elementales derechos humanos, no se advierte el nexo de causalidad y la dimensión del problema. Se diluye.

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

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

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

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

El único sistema que permite la publicidad y conocimiento de hechos de corrupción es el democrático, pues los gobiernos autoritarios tienen la potestad de ocultar la corrupción, aunque su magnitud es aún mayor. La democracia es el presupuesto necesario para la lucha contra la corrupción; pues la ley y la existencia de controles es crucial para combatir este flagelo social ya que “existe corrupción cuando una persona, ilícitamente, pone sus intereses personales por sobre los de las personas y los ideales que está comprometido a servir” y esto es incompatible con la democracia.

Klitgaard[4] indica una ecuación básica de la corrupción: "Corrupción igual Monopolio de la decisión pública más Discrecionalidad de la decisión pública menos Responsabilidad (en el sentido de obligación de rendir cuentas) por la decisión pública" (su fórmula  $C = M + D - T$ )

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

No hay fórmulas mágicas, pero la alteración del funcionamiento institucional es el primer paso para relajar el funcionamiento del estado y sus normas jurídicas y sociales. Por ello es preciso analizar el mandato constitucional, primera norma a cumplir para abordar esta problemática.

## II. EL CARÁCTER SISTÉMICO

La corrupción tiene una matriz cultural que la torna incompatible con la democracia. Easton señala que “... la vida política puede considerarse como un sistema de conducta. El sistema político será su principal y más grosera unidad de análisis...” Toma la vida política como sistema, el que puede distinguir del ambiente en que existe y está abierto a las influencias procedentes de dicho ambiente. Ello produce respuestas, que son las variaciones que producen -sean positivas o negativas- los miembros del sistema, para regular o hacer frente a la tensión que procede tanto de fuentes ambientales como internas; ello genera una retroalimentación que es la capacidad del sistema de subsistir a las tensiones, y provocan un respuesta[6].

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

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

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

Partimos de la inescindible relación de los conceptos Estado y sociedad.

Un sistema implica la interdependencia de sus partes constitutivas y un límite específico entre él y su entorno. Si se cambia las propiedades de un componente, todos los elementos que lo integran se verán afectados.

Las presiones que soporta el sistema deben ser respondidas por los elementos de este sistema que receptan la demanda y deben producir resultados satisfactorios para evitar el conflicto que pueda generar una implosión en tal sistema. Si las partes que componen dicho sistema distorsionan su función es obvio que no habrá equilibrio y para ello es imprescindible que funcione un proceso de retroalimentación.

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

Los insumos (demandas) que surgen del cuerpo social son propios de la dinámica de la sociedad que reclaman decisiones de los gobernantes en un ambiente que puede ser de variable intensidad.

Se advierte con la insatisfacción de necesidades básicas fundamentales o servicios públicos que obligatoriamente debe brindar el Estado a modo de productos [faltaría aclarar qué es lo que se advierte con la insatisfacción...¿la corrupción?]. Ante la insuficiencia o insatisfacción de la respuesta, puede generarse una tensión tal que afecte el propio sistema. Cuando se reclaman alimentos, medicamentos, más seguridad, los que no pueden ser satisfechos plenamente porque la corrupción se llevó gran parte de los recursos destinados a satisfacer estos pedidos, ahí es donde la sociedad soporta y padece la disfuncionalidad del sistema en particular.

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

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

Por la dimensión del tema, analizaremos esta cuestión tomando el ilícito más característico de tal actividad, que es el enriquecimiento ilícito del funcionario público (art. 268(2) del C. Penal). Lo abordaremos desde la descripción constitucional hasta la definición del sistema punitivo adelantando, desde el funcionalismo sistémico descrito por Luhmann [7], donde Gunther Jakobs toma la función del Derecho penal. Esta función del Derecho Penal, en su construcción consistente en prevención-integración; entiende que se debe asegurar la confianza institucional de los ciudadanos en el sistema social, el derecho penal es un sub sistema y es un instrumento de estabilización social, de orientación de las acciones y de institucionalización de las expectativas.

Se formula la descripción desde la teoría del delito basada en la imputación objetiva, sintetizada como la aplicación racional de la ley penal al caso concreto. En tal concepción el delito oficia como un modo de alteración de la comunicación entre individuos. Desde esta perspectiva “las personas tienen roles, y la imputación objetiva constituye un reparto de responsabilidades ya que se genera un riesgo no permitido, se altera el principio de confianza, se viola la prohibición de regreso, sin la competencia de la víctima...” explica Jakobs. [8]-

### III. LOS MANDATOS CONSTITUCIONALES Y LA BÚSQUEDA DE NUEVAS GARANTÍAS

La defensa del orden constitucional y del sistema democrático protege la afectación de los derechos fundamentales y puede llegar a configurar una nueva garantía innominada a favor de todos y cada uno de los habitantes si se analizan que los arts. 5, 6, 21, 22, 23, 29, 33 y 36 que imponen un comportamiento a los poderes constituidos para hacer cumplir el pacto social. ¿La violación al contrato social – constitución- tiene un carácter especial? o ¿sus violadores están amparados por las garantías típicas y normales previstas en el ordenamiento jurídico ordinario?

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

¿El tipo de garantía que fluye de la constitución para los ciudadanos comunes se extiende a los funcionarios por delitos cometidos en el ejercicio de la función que conllevan enriquecimiento?, o ¿del mandato constitucional surge normas de jerarquía superior que obligan a una consideración especial?

Emerge de la constitución una tipología especial y específica que puede ser calificada como el “derecho penal del traidor a la patria” cuando la norma superior califica como delitos estos comportamientos y remite a la ley inferior a una mejor descripción de la tipicidad de la conducta reprochada.

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

El funcionario no solo viola la ley, sino el contrato social basado en la confianza que se expresa a través del sufragio, no tiene imperativa ni coactivamente impuesta una actividad o función sino que voluntariamente se somete a ella. Desde ese lugar violenta el mandato-confianza, también irradia un disvalor impropio de los principios y mandatos del texto constitucional.

Por ello existe un sistema punitivo especial y específico para la violación de los diversos bienes jurídicos tutelados por la norma penal; mas, ¿la materia predispone necesariamente una política criminal diferente con penas diferenciadas, mecanismos procedimentales específicos o no se advierte la dimensión del problema?

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

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

De una interpretación de valoración y sentido del texto constitucional, aparece claramente no un derecho penal del enemigo [9], sino algo peor, el derecho penal del traidor a la patria que surge de los arts. 29 y 36 de la C. N. Esta cuestión merece una atención especial ya que el ciudadano, además de garantías tiene obligaciones específicas; y más aún cuando muda su rol de ciudadano a funcionario ejerciendo una actividad producto de la confianza pública en resguardo de bienes y valores colectivos.

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

Las garantías conocidas no son sino las individuales. Las sociales o colectivas son relativamente incumplidas, ora por “inconstitucionalidad por omisión”, o por la “desconstitucionalización alarmante”. Veamos.

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

En la parte dogmática, integrando los derechos y garantías, el art. 29 dispone “El Congreso no puede conceder al Ejecutivo nacional, ni las Legislaturas provinciales a los gobernadores de provincia, facultades extraordinarias, ni la suma del poder público, ni otorgarles sumisiones o supremacías por las que la vida, el honor o las fortunas de los argentinos queden a merced de gobiernos o persona alguna. Actos de esta naturaleza llevan consigo una nulidad insanable, y sujetarán a los que los formulen, consientan o firmen, a la responsabilidad y pena de los infames traidores a la patria.” Es una tutela-garantía innominada y secundaria- para los ciudadanos comunes, sin dudas.

El art. 36 prescribe “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.”

El art. 36 completa así la defensa de la soberanía nacional (art.119), de la soberanía popular, la forma republicana de gobierno y el imperio de la ley (art.29); consagrando la defensa del orden constitucional, del sistema democrático y que los delitos de corrupción que conlleven enriquecimiento se equiparan a estos; que ya fueron equiparados a la traición a la patria.

Si no actúan los remedios estatales para la defensa del orden constitucional y el sistema democrático ¿acaso no tiene derecho- garantía el ciudadano para hacerlo? No alcanza con el derecho de resistencia a la opresión.

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

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

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

#### IV. LA INTERPRETACIÓN JUDICIAL

La reforma constitucional de 1994 nos dio un nuevo universo de valores, nuevas instituciones; más controles, y nos deja un abanico de derechos y garantías.

Raúl Alfonsín [10], explicó con claridad que el propósito de esta reforma era modificar el sistema presidencialista que derivaba en un modelo autoritario, generando una democracia delegativa, del avance del Ejecutivo sobre los otros poderes. Sostuvo que la crisis Argentina era hija de la ilegalidad y producto del autoritarismo arraigado entre nosotros, expresando “que (...) la concentración de poder institucional en el Ejecutivo, tiene una grave consecuencia que también contribuye a la deslegitimación de la democracia: la corrupción. Se debe destacar la relación entre la corrupción y la combinación de la concentración de poder institucional y económico. Lo que nos debe preocupar no es tanto que existan funcionarios corruptos, sino la impotencia de la democracia para luchar contra la corrupción...La propuesta que defendemos apunta a revertir esta situación. Nuestra concepción se fundamenta en la convicción de que la política debe tener una base ética y que el poder debe ejercerse con legitimidad. Aspiramos a fortalecer las instituciones para fortalecer la democracia (...)”

En la Convención constituyente Cafiero[11] defendió la posición de lo que sería el nuevo artículo 36 de la C.N, lo hizo por “... la democracia, contra el golpismo y la corrupción; la calificó como “el otro enemigo de la democracia” y que se debía librar una batalla ética contra esta ya que “(...) alguien podrá decir que es utópico y hasta risible que se considere que por el hecho de que exista una cláusula de defensa del orden constitucional o de defensa de la ética en contra de la corrupción, no va a haber golpes de Estado ni corruptos en nuestro país. No es esa nuestra pretensión. Los penalistas saben muy bien que por más castigos que existan en el Código Penal siempre va a haber delitos. No tenemos pretensiones utópicas sino que queremos establecer efectos disuasorios para quienes alienten este tipo de intenciones en el futuro... probablemente el artículo sobre la ética pública no tenga precedentes en el constitucionalismo comparado. Todos sabemos que uno de los males de la democracia que deberemos atacar es el de la corrupción, que es lo que los autores modernos denominan "cleptocracia". Justamente en este mal -que se extiende por las democracias más avanzadas, por las menos avanzadas y por las más subdesarrolladas los enemigos de la democracia encuentran el elemento en el que basan sus críticas a un sistema en el que no creen psicológica, social ni políticamente. Por esa razón, considero que la inclusión de esta cláusula constituirá una señal que los constituyentes de 1994 le enviamos a toda la sociedad argentina. Nosotros somos los primeros en asumir el reto de la lucha contra la corrupción; nosotros

somos quienes queremos que en el documento máximo que estamos reformando se inscriba el principio de que sin ética no hay democracia y que con corrupción vuelve el totalitarismo (...)

Este mandato constitucional es claro y categórico. En primer lugar armoniza de manera inescindible los conceptos de democracia, sistema constitucional, con los derechos de resistencia a la opresión, defensa del orden constituido, y expresamente equipara a la corrupción con el delito de traición a la patria. No existe hecho más grave en el texto constitucional que el señalado en esta norma, que debe interpretarse adecuadamente con el artículo 29; aunque este recoge enseñanzas históricas y procuró impedir las para el futuro, igual pretensión se tuvo en la génesis y concepción de la primera parte del artículo 36.

La equiparación de la corrupción a la traición a la patria y al alzamiento contra el orden institucional devela la trascendencia y magnitud que esta cuestión tuvo para los constituyentes y tiene, como obligación constitucional, para todos los argentinos.

Pero la virtud del mandato constitucional es que es una norma concebida como “ius cogens” ya que se pretende con ello proteger los derechos humanos y la democracia como sistema de vida. Por la imperatividad de su disposición es totalmente operativa y no puede desconocerse.

Como bien refiere Ferrajoli [12], en esta cuestión se trata de problemas de observancia e inobservancia de las normas de un ordenamiento determinado desde el punto de vista de la efectividad y no solo de su vigencia. Padecemos, en este tema, el viejo problema de la Colonia, “la ley se acata, pero no se cumple”. Veamos.-

## V. LA INSUFICIENCIA DE LA LEY DE ÉTICA EN LA FUNCIÓN PÚBLICA

No se puede pretender que la corrupción se combata solo con la Ley 25.188 – Ética de la función pública que regula la última parte del art. 36 de la C.N

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

Define el objeto y los sujetos que se ven sometidos a la misma; marca deberes y pautas de comportamientos éticos; establece un régimen de declaraciones juradas y antecedentes, formas y modos de comportamiento etc.

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

La gran asignatura pendiente para su franco y total cumplimiento sigue siendo la falta de funcionamiento de la Comisión Nacional de Ética Pública que nunca se constituyó. Esta debería ser integrada por ciudadanos de reconocidos antecedentes y prestigio público, con el objeto de recibir denuncias de conductas contrarias a la ética pública y ejercer las demás competencias específicas legalmente conferidas, actuando como órgano independiente y con autonomía funcional.

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

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

Terragno [13], al proponer la integración de la comisión refirió que los propios organismos no tienen intención de cumplir la ley. Los máximos responsables institucionales no dan el ejemplo, expresando “...la CSJN por acordada Nro 1/2000, resolvió que los miembros del tribunal no presentaran sus declaraciones juradas ante la Comisión de Ética Pública sino ante la Administración General de la



Corte... Por ello la Corte decidió no designar un representante ante dicha Comisión. De esta manera, el organismo –no pudiendo declarar de oficio la inconstitucionalidad de la ley— dispuso violarla mediante una acordada...”

La Cámara de Diputados de la Nación instaba a constituir la comisión pero no la constituye ella como órgano.

El Poder Ejecutivo pese al impulso que le dio el entonces ministro de Justicia Vanossi concluyó que “el Poder Ejecutivo no nombrara a su representante mientras el Congreso no cree la comisión. La Subsecretaría Técnica de la Presidencia se opuso a la sanción del decreto dado que, no estando constituida la Comisión de Ética Pública en el ámbito del Congreso” (rehacer este párrafo) OJO este párrafo es una cita.

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

La ley 25.188 pretendió erradicar la corrupción sistémica, pero es violada por omisión por los máximos poderes constituidos del país. Un mal comienzo.

Se agrava pues, la Argentina es signataria -entre otros instrumentos internacionales-, de la Convención Interamericana contra la Corrupción de la Organización de Estados Americanos (Ley 24.759 de 1997); por ley 25.319 se aprobó la Convención sobre la Lucha contra el Cohecho de Funcionarios Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales; mientras que la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción fue ratificada por Ley 26.097 de 2006.-

## VI. NECESIDAD DE TIPIFICACIÓN DEL DELITO DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO COMO TRAICIÓN A LA PATRIA

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

Sostenemos que la corrupción no puede reducirse pues, al delito de enriquecimiento ilícito previsto en capítulo IX bis del título XI, mal ubicado y peor sistematizado. El delito de enriquecimiento ilícito por parte de un funcionario estatal es un delito contra los poderes públicos y el orden constitucional. (rehacer este párrafo)

De la constitución surge el principio jurídico estructurante y cambia el paradigma de análisis de la cuestión legal como expresa Lorenzetti [14] ya que “el derecho tiene una regla fundamental de la que derivan las demás” y que es justamente el art. 36 de la C. N., la norma habilitante.

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

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

El art. 77 del Código Penal equipara a funcionario y empleado público con lo que se designa a todo aquel que participa accidental o permanentemente del ejercicio de funciones públicas, sea por elección popular o por designación de autoridad competente.

En tanto el art. 268 (2), se refiere a “un cargo o empleo público”. La Convención Interamericana contra la Corrupción (ley 24.759) se refiere a “los actos de corrupción en el ejercicio de las funciones públicas y los actos de corrupción específicamente vinculados con tal ejercicio.” Extiende su aplicación a “cualquier funcionario o empleado del Estado o de sus entidades” y aclara que se incluye la función pública “temporal o permanente, remunerada u honoraria.” Igual definición amplia de funcionario público encontramos en la ley 25.319, convención internacional contra el soborno transnacional y el lavado de dinero... Además, la Constitución de 1994 unifica en el art. 36 la responsabilidad política con algunos tipos de responsabilidad penal, con lo cual se remite nuevamente al concepto penal amplio y sin distinciones...”. [15]

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

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

Esa posición o status del funcionario, en un ámbito diferente (administración pública) genera expectativas sociales vinculantes para él y para la sociedad conforme el papel que le corresponde desarrollar. Son estas expectativas esenciales para la convivencia social las que han de garantizarse jurídico-penalmente. De ahí que el Derecho penal y el marco social en que aquél tiene lugar son inescindibles, lo que debe adecuarse siguiendo el diseño constitucional del art. 36 de nuestro máximo ordenamiento.

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

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

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

El funcionario quebranta su rol administrándolo de manera deficiente y por ello debe responder penalmente como expresa Jakobs. [16]

De allí también es que se generen dos situaciones, imputación jurídica por el comportamiento, el tipo, y el resultado logrado por ese comportamiento disvalioso, objetivamente imputable que da la “imputación objetiva del resultado”. ¿Cuál es el fundamento o razón de esta aseveración? Sin dudas la situación de “poder”, “potestad” “imperium”, la prerrogativa propia de la función, etc., por más que tenga límites precisos propios del estado de derecho en el llamado “principio de legalidad” y como medio genérico “la legalidad administrativa”. (rehacer párrafo)

### *6.1. El principio de confianza*

La base de este principio permite a quien realiza una actividad riesgosa a confiar en el comportamiento socialmente adecuado de este me parece que hay un error pero habría que consultar con el autor, porque no tiene sentido decir que la persona que hace la actividad riesgosa debe confiar en su propio comportamiento socialmente adecuado] Pasa a ser un eje en el sistema de imputación normativa ya que se promueve la comunicación social sin necesidad de interferencias.

En los delitos de corrupción adquiere ribetes mayúsculos ya que es, tal vez, el principal principio que se vulnera. La confianza no solo es un presupuesto legal con la que el funcionario se inviste con el acceso al cargo o función, sino que constituye un presupuesto material de cada acto que realiza.

No deriva solo del ordenamiento jurídico sino de una expresa manifestación de toda la sociedad, de manera directa o indirecta. El accionar doloso del funcionario es una violación superlativa a la relación social.

La confianza le dota de poder o imperium diferente al de las personas comunes y le da potestad para la administración de bienes colectivos, mas impide la adecuada división del trabajo social pues defrauda las expectativas y toma (descuida o desbarata) recursos públicos para su propio provecho.

El funcionario adquiere poder, una jerarquía superior en la división del trabajo social basada en la confianza expresa de la víctima a la que perjudica concretamente y también defrauda. Se agrava esta situación ya que algunas formas comisivas del delito se perpetran en complicidad con quien tiene un poder económico superlativo y una actividad que el funcionario debe controlar, y lejos de hacerlo,

articulan una acción común para perjudicar al ciudadano burlando la confianza y hasta una relación vertical que desde la función pública se tiene con este.

La violación al principio de confianza fundado en la doble defraudación a la voluntad específica de la sociedad caracteriza el delito como “de especial peligrosidad ya que afecta al sistema de convivencia mismo y permite discernir que a partir del diseño constitucional y las funciones específicas de los miembros de la sociedad, el sistema normativo tuitivo de bienes jurídicos como expresión de valores concretos, divide su accionar punitivo en una técnica positiva del derecho penal de enemigos que optimiza la protección de bienes jurídicos, el derecho penal del ciudadano que optimiza las esferas de libertad” señala Polaino Orts, citando a Jakos.[17] Esto ubica la actuación del funcionario en el marco de los arts.29 y 36 de la propia C.N en una situación diferente. Describe una “especie excepcional del derecho punitivo”.

## 6.2. *Bien jurídico diferente*

En los casos en análisis, los bienes jurídicos no tienen titular específico y concreto: son de todos pero sometidos a merced del funcionario infiel.

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

Todo ello obliga a nuestro sistema de derecho a una revisión; ubicación y diseño de política criminal efectiva para asegurar el patrimonio colectivo del bien jurídico concreto afectado, más allá de que, formalmente, las distintas figuras diseñadas por el sistema penal protegen el normal y regular funcionamiento de la administración, o el patrimonio de esta, cuando en realidad esta expresión simbólica, debe expresar la realidad concreta: el patrimonio estatal es de propiedad común y colectiva de todos los componentes de la sociedad.

El mandato constitucional que señala que “atenta(rá) contra el sistema democrático el que incurriere en grave delito doloso contra el estado que conlleve enriquecimiento, quedando inhabilitado por el tiempo que las leyes determinen...” debe ser ubicado como un delito contra el orden constitucional y el sistema democrático y no como un delito común contra la Administración pública.

El mandato del derecho constitucional penal es prescriptivo; surge de la propia constitución nacional respecto del delito previsto en el art. 268(2) del C.P, en tanto que la distinta gradación de las formas y modos de regular los atribuciones y deberes de los funcionarios y su limitación efectiva es la limitación legal o la legalidad administrativa con que el Estado establece y diseña sus funciones y en ello el rol del funcionario.

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

En ello adquiere gravitación el derecho penal como expresión punitiva en la protección de bienes jurídicos, función que es esencial y legitimante de su expresión como un subsistema de derecho, como explica Polaino Navarrete[18] “si la acción penalmente relevante es un atentado contra la convención constitutiva de la sociedad, que afecta el sistema de convivencia mismo, el derecho penal como prevención y ulterior sanción debe resguardar”.

Es bien sabido que una legislación que avanza más en la protección de un bien jurídico específico reduce más la esfera de libertad de una persona. En el caso, el límite es el principio de reserva del art.19 de la C.N.

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

## VII. LA SITUACIÓN EN EL MARCO DEL DERECHO PENAL

El sistema constitucional asimila a los “enemigos de la Patria” o a los “infames traidores a la patria” a los funcionarios que cometan delito de enriquecimiento doloso. Esto impone la necesidad de un abordaje diferente y especial, y no ha recibido del Estado una respuesta sistémica, sino espasmódica, menos preventiva y con poco o nula capacidad represiva; por el contrario una inflación legislativa de contenido neo punitivista exaltando el llamado derecho penal máximo.

Para determinados delitos graves surge como respuesta del Estado de Derecho “derecho penal del enemigo”, cuando el infractor pretende la destrucción de bienes jurídicos colectivos que hacen a la organización estatal y a bienes y valores sociales muy sensibles como ser la vida, la libertad o la salud integral de la población. Se lo piensa para combatir el terrorismo u organizaciones internacionales como el narcotráfico ya que atentan y ponen en peligro el propio sistema de convivencia social.

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

El precedente descriptivo-prescriptivo de la norma de habilitación constitucional nos permite aventurar esta descripción.

Dada la extensión de la traición a la patria y su asimilación a los delitos de corrupción que conlleven enriquecimiento ¿la traición no es algo peor o más grave que el enemigo a la luz de la teoría del llamado “derecho penal del enemigo”? ¿No se instituye algo asimilable o más intenso que el derecho penal del enemigo cuando se describe un derecho penal de la traición a la patria? (rehacer párrafo)

Partimos del concepto que enemigo es aquel que abierta y francamente tiene un enfrentamiento total con alguien, algunos o todos los que no comparten su postura, pensamiento o acción, buscando con odio la destrucción de estos; en tanto traidor es quien se dice parte de una concepción o de un grupo, y no obstante su posición de pertenencia ( supuesta o debida) deliberada y arteramente quebranta la fe jurada, la lealtad comprometida o el compromiso funcional; con engaño y malicia, en lugar de defender la posición o situación a la que pertenece, actúa en sentido contrario provocando el daño inesperado para el grupo o facción.

Jakobs dice que persona es la que puede salirse de la comunicación estipulativa que diseña una norma y cometer un delito; y el enemigo aquel que violenta bienes jurídicos que pone en peligro la seguridad de todos, para sintetizar telegráficamente los conceptos. La persona es un “ser reconocido por la sociedad en su conjunto, como portador de derechos y deberes” aunque comete delitos, faltas o infracciones. En tanto que el enemigo “es esa persona a la que se le “recortan derechos, porque al menos parcialmente no se espera de ella una conducta futura adecuada a derecho y además considerablemente duradera. Si se llega a esta situación la persona será etéreo administrada en lo que se refiere a que sus derechos se recortan, y esa etéreo administración es incompatible con la personalidad”. [19]

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

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

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

La segunda parte del art. 36 lo asimila con el traidor a la patria cuando dice que “atentará contra el sistema democrático quien incurre en grave delito doloso contra el Estado que conlleve enriquecimiento...”.

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

El sistema constitucional obliga a la consideración del concepto de traidor a la patria y el derecho penal tiene que tomar nota de tal mandato que lo diferencia del ciudadano común.

La constitución nacional prevé este diseño como seguridad y prevención para todos los ciudadanos a quienes se agrede. El enemigo (o traidor) es quien voluntariamente se “autoexcluye” del sistema democrático y del ordenamiento jurídico incurriendo en una “des-personalización, la que determina la situación en su totalidad”, ya que considera que el acto comunicativo que expresa esta modalidad delictual y la situación en que se coloca, devela que para él, la estructura social, el sistema democrático y el ordenamiento jurídico son irrelevantes, como dice Jakobs[20]

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

Va de suyo que esta situación es excepcional, especial, específica y de aplicación restrictiva.

La Constitución Nacional sistematiza concretamente. El Estado de derecho no puede padecer la ficción de que todas las acciones se midan y valoren de la misma manera. El derecho penal debe tener en cuenta esta situación, ya que también las sociedades o estados tienen un estado de necesidad que necesita del concurso de una legislación que asegure el derecho de todos ante el accionar de quien se excluye del sistema y no viola o agrede un solo bien jurídico particular, sino afecta los intereses, bienes y derechos de todos. (rehacer este párrafo)

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

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

Silva Sánchez[21] afirma la existencia de tres velocidades actuales del derecho penal ya que, “una velocidad es propia de la parte del sistema penal en el que se aplican penas privativas de libertad, sosteniendo que aquí se deben mantener de modo estricto los principios político-criminales, las reglas de imputación y los principios procesales clásicos. Otra velocidad estaría formada por las infracciones sancionadas con penas pecuniarias o privativas de derechos, en donde podrían flexibilizarse las garantías de acuerdo a la gravedad de las mismas. La tercera velocidad sería la propia del derecho penal del enemigo, en donde coexisten la imposición de penas privativas de libertad y la flexibilización de las garantías penales y procesales, desde otra perspectiva filosófica este autor admite la existencia del mismo”. Falta el derecho del traidor a la patria.

La utilización de esta concepción excepcional debe ser sumamente restrictiva y orientada solamente a preservar el sistema democrático e institucional, estrictamente reglado y estableciendo que el ciudadano común jamás puede ser alcanzado por esta concepción que coarte mínimamente sus garantías.

Es en beneficio de los ciudadanos tener una legislación tuitiva del sistema democrático, del ordenamiento jurídico y desde luego de los dineros públicos.

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

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

La defensa institucional, del ordenamiento jurídico y la búsqueda de erradicar la corrupción estatal deben constituir una novel [¿?] garantía para el ciudadano y no para el gobierno de turno o sus funcionarios, sea de la especie que sea; y ello solo se logra con la constitucionalización del ordenamiento jurídico, que la legislación inferior sea conteste con la constitución, que los actos y hechos sean conformes a la constitución, y es ésta la que permite inferir que existen garantías irrenunciables,

indelegables e inalienables para los ciudadanos. Los funcionarios tienen prerrogativas, deberes y obligaciones que restringen por esa función la plenitud de los derechos y garantías del ciudadano común, siendo que este es el “soberano”, mientras aquel es mandatario y sujeto de control. Allí radica la diferencia del rol dentro del sistema.

El delicado equilibrio obliga a la estricta aplicación de los arts. 29 y 36- garantizando ampliamente lo que determina el resto de su articulado para los ciudadanos, en particular los arts. 18, 19 y 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, para evitar caer en deformaciones inconstitucionales por diseños motivados por una inflación legislativa un “derecho penal simbólico y el punitivismo” ineficaz.

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

#### VIII. LA REFORMA DEL CÓDIGO PENAL Y EL DELITO DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO.

El Anteproyecto del nuevo Código Penal para la Argentina avanza con criterios de uniformidad que dejan atrás modificaciones parciales e insuficientes, que contienen figuras e institutos signados por el añejo positivismo. Es un gran avance, pero en la especie que nos ocupa no aparece la evolución que sí se muestra en otros aspectos; más bien un franco retroceso.

La figura del art. 268(2) en su actual redacción se contempla en el artículo 273 donde se troca la figura del enriquecimiento ilícito de funcionario público bajo el nombre de incremento patrimonial no justificado. La redacción propuesta para ella es así: artículo 273. Incremento patrimonial no justificado.

1. Será reprimido con prisión de DOS (2) a SEIS (6) años y multa de TREINTA (30) a CIENTO OCHENTA (180) días, el funcionario público que, al ser debidamente requerido, no justificare la procedencia de un incremento patrimonial apreciable, suyo o de persona interpuesta para disimularlo, ocurrido con posterioridad a la asunción de un cargo o empleo público y hasta dos años después de haber cesado en su desempeño.

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

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

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

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

A nuestro juicio no se compadece con la recepción de la normativa propuesta ya que los funcionarios que cometen este tipo de delitos, y en particular el enriquecimiento ilícito, peligrosamente urden un acuerdo como los titulares de los “poderes salvajes”, al decir de Ferrajoli[22], que no son otros que los responsables de los entes corporativos que cooptan al funcionario inescrupuloso que rápidamente traiciona la confianza pública y comete el delito; siempre en contra del estrato más sensible, que sin dudas, debe proteger el derecho positivo.

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

pena de prisión. En el Libro Segundo se mantienen, por tanto, sólo las previstas que excedan de esa cuantía y las que correspondan a delitos no penados con prisión. No se trata de una pena en consideración a la persona, sino a la función y a la relación que guarde el delito con ella. De cualquier modo, esta inhabilitación no podrá superar el máximo legal de la pena, o sea, los veinte años antes establecidos...”

A nuestro juicio la consideración especial y específica de este tipo delictual amerita – sobre todo el enriquecimiento ilícito- que la persona condenada tenga inhabilitación perpetua para ocupar cargos públicos, ya que es un traidor a la patria, por ello no debería ocupar cargos públicos y ello significa una garantía de la ciudadanía a futuro.

Lo mismo sucede con la multa. Se trata de un delito que carcome las finanzas públicas, el normal funcionamiento de la administración y que tiene el reconocimiento constitucional que le impone como mandato al congreso como poder constituido. Debe ser alta.

El criterio en torno a la prescripción de la acción penal que puede aplicarse a estos tipos delictuales, se funda en el argumento que sostiene que “La suspensión de la prescripción respecto de funcionarios públicos, en forma indiscriminada y extensiva a todos los intervinientes, es de muy dudosa constitucionalidad, además de ser irrazonable...” lo que colisiona con el criterio que se señala, pues estos tipos delictuales tienen que ser imprescriptibles en razón de que afectan el orden constitucional.

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

## IX. NECESIDAD DE MODIFICACIÓN DE LA POLÍTICA CRIMINAL

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

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

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

De los fundamentos de un proyecto se extraen los motivos “uno relativo a la eficacia de la política criminal y otro de carácter axiológico... pues existe una norma de jerarquía superior a la ley que obliga al menos a ampliar los plazos de prescripción existentes “como lo refiera el autor del proyecto.[23]

En tanto otros legisladores, Adrián Pérez, Gilberto Alegre y María Liliana Schwindt, mediante similar proyecto[24] abrigan igual propósito pero con sustento en el art. 36 de la C.N.

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

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

Es digno destacar que en el marco de un proceso judicial de larga duración obligó a uno de los magistrados del más alto tribunal del país en la materia –la Cámara de Casación Penal- Sala 1ª- a señalar que “... las razones que fundamentan la extinción de la acción penal por prescripción de los delitos en los que el Estado no ha podido investigar y sancionar eficazmente a sus eventuales responsables en un tiempo prudencial, resultan incompatibles -al menos- con aquellos casos en que los delitos fueron cometidos por quienes justamente pertenecen a ese sistema que fracasó en su persecución, esto es, a los funcionarios públicos...”[25]

Estas ideas rectoras con pretensión de modificar el instituto de la prescripción, tienen la finalidad de impedir la impunidad por el mero transcurso del tiempo, y tienen el loable propósito de buscar la concreción de la justicia sobre el hecho que se investiga, evitando que el proceso termine de un modo anormal.

Ello no nos asegura que un funcionario desleal pueda ingresar –nuevamente- a la administración, ya que la inhabilitación es temporal cuando debió mantenerse la tacha de perpetuidad en dicho impedimento.

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

No es la separación caprichosa de una persona de la posibilidad de ejercer un cargo en la función pública, sino la idoneidad que señala el art. 16 de la propia constitución nacional que en este caso se erige como valladar para impedir que el funcionario condenado pueda acceder en el futuro a cargos públicos. Esa idoneidad reglada en materia electoral o para el acceso a la función pública tiene que tener la acogida en la faz punitiva para resguardar a toda la sociedad.

Más allá del decomiso y la sanción punitiva efectiva en materia de prisión, como también la multa, nada sería más efectivo que la inhabilitación perpetua, a fin de preservar los bienes jurídicos que son afectados por estas especies delictuales, ya que si se comprobó que una persona actuó como “traidor a la patria” es impensable que deba tener otra oportunidad en este sentido.

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

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

La pena de prisión, en este sentido, debe guardar la proporcionalidad necesaria con el hecho, motivo por el cual no suscribimos las demandas de espectacularidad – y en algunos casos motivados por la especulación y el oportunismo- de pedir sanciones nominales durísimas a sabiendas que una inflación



legislativa o el neopunitivismo ineficaz no aporta solución efectiva y que conforma el paisaje de un derecho penal simbólico que lejos de solucionar los males más afligentes de la sociedad, los agrava.

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

Se argumentara que los tratados internacionales de los que nuestro país es signatario no permiten un diseño de esta envergadura y que la lesión sobre los derechos electorales del condenado por delitos de corrupción es desproporcionada, sin embargo cabe traer al debate lo resuelto por la C.I.D.H en el caso N° 10.804 ‘Rios Montt v. Guatemala’ donde estableció que ‘El derecho a la participación como candidato en una contienda política surge del artículo 23 de la Convención Americanasobre Derechos Humanos... donde los principios de rechazo a la ruptura del orden constitucional, inhabilitación de sus líderes para altas magistraturas, y no reelección, fueron adoptados por considerarse principios jurídicos de relación internacional y de defensa común de la consolidación democrática de la región...’. Recuerda la Comisión que “esto debe analizarse de acuerdo a las circunstancias del caso y las concepciones jurídicas prevalecientes en el período histórico....”.-

#### X. DERECHO PENAL DEL ENEMIGO Y DERECHO PENAL DEL TRAIADOR A LA PATRIA.

La descripción del derecho penal del enemigo nos hace reflexionar que- guste o no- se encuentra presente en el ordenamiento jurídico en distintas partes del mundo donde la Argentina no es una excepción.

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

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

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

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

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

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

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

6°) Mientras el derecho penal del enemigo es creación del legislador que impone sanciones de características inflacionarias a modo de derecho penal simbólico con escasa efectividad; el derecho penal del traidor a la patria surge del mandato constitucional que protege bienes constitucionales y donde el legislador ordinario no ha diseñado aun las herramientas legales en consideración que impone la constitución nacional.

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

## XI. UNA OPORTUNIDAD PERDIDA.

La ley 27.063 que instituye el nuevo Código Procesal Penal de la Nación importa un significativo avance para cumplir con los estándares que obliga el art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional en orden a los mandatos de la D.A.D.H, las resoluciones de la C.I.D.H y otros tratados internacionales. Como señala Solimine[26], “como objetivos políticos de esta reforma [los estándares del art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional] consagran la reducción de los tiempos procesales con lo que se garantizan derechos, se mejora la calidad de investigación, con lo que se resguarda la búsqueda de la verdad real; se disminuye la utilización de herramientas procesales que dieron lugar al abuso como la prisión preventiva; se genera un marco de relaciones procesales que garantizaran el cumplimiento de las reglas del debido proceso, lo que redundará en la transparencia de la administración de justicia ...” y si bien se reconocen los derechos de la víctima y la protección de los derechos concretos de la misma en el proceso, en materia de estos delitos específicos que constituyen el núcleo duro de traición a la patria, no encontramos la misma recepción legal (revisar la redacción de todo el párrafo).

Resulta plausible la recepción del art. 78 [art. 78 de donde ‘ no es el de la CN] que permite la participación en el proceso como “derecho de las víctimas” (¿la participación de quien?), pero en este tipo especial de delitos no permite el control y menos aún la participación social, con lo que el mandato del art. 36 de la constitución nacional resulta una quimera.

La norma de mención hace una exhaustiva distinción de la calidad de víctima, pero el ciudadano común, las asociaciones intermedias que bregan por la transparencia publica o asociaciones que luchan contra la corrupción estatal no tienen reconocimiento.

Tampoco se les reconoce como derechos de las víctimas en el art.79 (revisar redacción ¿Qué es lo que se les reconoce?).[para reconstruir significado hay que ver del art. 79 de qué documento estamos hablando, no es de la CN]

Los ciudadanos concretos, como víctimas del accionar de la corrupción carecen también de la posibilidad de asesoramiento técnico previsto para las víctimas en el art. 80, y menos aún del asesoramiento especial que prevé y dispone el art. 81 del mismo cuerpo legal.[de qué cuerpo legal estamos hablando?

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

En la historia del constitucionalismo como tal nunca existió reconocimiento espontáneo del poder resignando control de sus funciones y más transparencia de sus actividades para que la sociedad tenga un rol más activo. Será la ciudadanía la que exigirá el reconocimiento de esta garantía concreta que los poderes constituidos no le reconocen marcando un incumplimiento constitucional evidente, pues:

1°.- Existe una novel garantía constitucional de protección del patrimonio público y colectivo cuya titularidad puede ejercerla cualquier ciudadano más allá de la acción que pueda (y deba) ejercer el Ministerio Público Fiscal.

2°.- El bien jurídico constitucional no tiene correspondencia con el bien jurídico penal. El reconocimiento constitucional se inscribe en el Capítulo 2° “nuevos derechos y garantías” que se incorpora a la dogmática constitucional con la reforma de 1994.

3°.- Es menester una nueva política criminal en este sentido. El delito constitucional del traidor a la patria obliga a una sanción que debe ser la exclusión del funcionario (ciudadano) infractor, ya que abusa de su condición y toma los bienes y peculio de todos para llevarse estos para sí...”

Los delitos del traidor a la patria merecen en este caso la pena que en otros tiempos se aplicaba a los ciudadanos por estas circunstancias: El ostracismo, por ello la inhabilitación debe ser a perpetuidad.

4.- Con la reforma constitucional de 1994 la suscripción de los tratados internacionales citados quedó sepultada la discusión sobre la supuesta inconstitucionalidad del art. 268(2) del Código Penal. Ha sido un gran aporte la modificación a la referida figura la ley 25.188.[27]

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

6.- La pena de prisión debe guardar el principio de proporcionalidad y por lo tanto no debe ser tan significativa y alta sino eficaz.

7.- El reconocimiento de la novel ¿ garantía constitucional tiene como protagonista a cada ciudadano y obliga a extremar el celo y cuidado de la función de los órganos de control, entre ellos el Ministerio Público Fiscal como los internos, Fiscalía de Investigaciones Administrativas etc.

Es que si, como expresa Ferrajoli “la función garantista del derecho consiste, en suma, en la limitación de los poderes y en la correspondencia de las libertades”, se deben atender las desigualdades sustanciales, tanto de los “poderes jurídicos, y sobre todo de los poderes extrajurídicos que constituyen la base de las desigualdades sociales entre las personas. Los primeros sostienen las desigualdades jurídicas o formales; los segundos producen lo que llamaré desigualdades sociales o sustanciales, mucho más profundas que las primeras, puesto que aquellos son incontrolados y tendencialmente ilimitados...”[28], por ello que para preservar el sistema democrático y mantener el sistema institucional hay que empoderar al ciudadano sin restricciones formales para tener una democracia sustancial donde cada uno se realice como forma de un contrato social que garantice a todos los ciudadanos lo que cada uno merece.

#### BIBLIOGRAFÍA

- [1] Ver in extenso en Aquino Britos, Armando Rafael “democracia, derechos fundamentales y corrupción” la necesidad de un cambio profundo. Ed Librería de la Paz. Espacio jurídico. Resistencia, Chaco 2014.
- [2] Huntington S.P. “el orden político en las sociedades en cambio” Paidós, Buenos Aires 1972. Pág 63
- [3] Malem Señá Jorge F “la corrupción. Aspectos éticos, económicos, políticos y jurídicos” Ed Gedisa, Barcelona España año 2002, pág. 35.
- [4] Ver en Klitgaard Robert “Controlando la corrupción. Una indagación práctica para el gran problema social de fin de siglo” Ed. Sudamericana. Buenos Aires. 1994.
- [5] Moreno Ocampo, Luis, “En defensa propia. Cómo salir de la corrupción” Editorial Sudamericana, Buenos Aires, 1993.
- [6] Easton, David “Enfoques sobre teoría Política” Ed. Amorroutu, Buenos Aires 1979, pág.47 y sig.
- [7] Luhmann, Niklas; .El Derecho como sistema social., en Teoría de Sistemas y Derecho Penal. Fundamentos y posibilidad de aplicación. Ed. Ara. Lima. 2007
- [8] Ver Jakobs Gunter “La imputación objetiva en derecho penal” (traducción de Manuel Cancio Melia ) ED. Ad Hoc Buenos Aires 2014.
- [9] En Sancinetti Marcelo “ El delito de enriquecimiento ilícito de funcionario público. Un tipo violatorio del Estado de derecho Ed Ad Hoc 2014 El autor hace una lúcida crítica a esta figura penal, que no compartimos.
- [10] Alfonsín, Raúl R. “Núcleo de coincidencias básicas “LA LEY 1994- D-824.
- [11] Cafiero Antonio, Convención Constituyente de la reforma constitucional de 1994 sesión del 13/7/94
- [12] Ferrajoli, Luigi “ Garantismo. Una discusión sobre derecho y democracia” Ed. Trotta España, 2009 pág. 15
- [13] Terragno, Rodolfo en “ www.terragno.org.ar” proyectos presentados.
- [14] Lorenzetti, Ricardo Luis “Teoría de la decisión judicial. Fundamentos de derecho.” Ed. Rubinzal Culzoni. Santa Fe 2008 pag.23.
- [15] Gordillo, Agustín “Tratado de Derecho Administrativo Tº III . capXIII pag. 389 y sig.
- [16] Jakobs, Gunther “La imputación objetiva en derecho penal” Ed. Ad Hoc Buenos Aires, 2014 pag. 25
- [17] Polaino Orts, Miguel “Derecho Penal del enemigo ¿Qué es? ¿existe? ¿puede existir? En “Derecho penal del enemigo. concepto jurídico-penal de acción en la dogmática contemporánea.” Ed. Mediterránea. Córdoba 2007 pag. 95
- [18] Ver Polaino Navarrete, Miguel en “ porque existe y para qué sirve la pena en la función actual del derecho penal : bien jurídico vs. Vigencia de la norma”. “en El derecho penal y procesal penal hoy Nº 2 .Director Jorge E Buompadre Ed Contexto. Resistencia 2011
- [19] Jakobs, Gunther “En los límites de la orientación jurídica: derecho penal del enemigo” “ El derecho penal ante la criminalidad de núcleo. Una respuesta desde el Estado de Derecho” de Gunther Jakobs; Polaino Navarrete, Miguel y Polaino Orts, Miguel” El derecho penal y procesal penal hoy Nº 2 .Director Jorge E Buompadre Ed Contexto. Resistencia 2011. Pag 23.