

**X° Seminario de RedMuni:**

**“Nuevo rol del Estado, nuevo rol de los Municipios”**

13 y 14 de agosto de 2009

**“La ética en las políticas sociales del municipio**

**Responsabilidad Social Pública”**

**EJE TEMATICO: Panel III: Políticas sociales en el ámbito local**

Esp. Rubén Alberto OLMEDO

Facultad de Ciencias Económicas – Universidad Nacional de Río Cuarto

[rolmedo@eco.unrc.edu.ar](mailto:rolmedo@eco.unrc.edu.ar) u [olmedos@arnet.com.ar](mailto:olmedos@arnet.com.ar)

## **La ética en las políticas sociales del municipio. Responsabilidad Social Pública**

En una sociedad compuesta por individuos que parecen conducirse exclusivamente guiados por la obtención de beneficios personales pero en la que, al mismo tiempo, proliferan voluntades solidarias que promueven valores de cooperación; en una sociedad fragmentada en la que a veces sentimos que “vale todo” y otras que “nada vale”; en una sociedad global para unos pocos pero rota para otros muchos por tantos conflictos en los que prima la defensa de intereses fanáticos; en esta sociedad, escribir sobre ética y hacerlo para referirse a la administración pública resulta una difícil tarea.

La cuestión se complica cuando este problema, tan amplio como complejo, puede ser abordado desde las más diversas perspectivas. Debemos adentrarnos en el análisis de por lo menos el punto de vista de tres ejes:

**La sociedad política:** desarrollando cuál es su impronta, sus intereses, sus propósitos, sus fundamentos éticos y filosóficos, en definitiva, despejar la pregunta: ¿qué pretende?.- Pensando en la ética pública como un asunto principalmente asociado al fenómeno de la corrupción, el clientelismo político, y fenómenos asociados, desde una perspectiva más filosófica y abordar los problemas morales de los deberes de los individuos que actúan en la esfera pública y de los conflictos de intereses a los que esta actuación los hace enfrentar.

**La sociedad económica:** en idéntico sentido, descubrir qué pretende cuál es su cometido, asociándolo con la Responsabilidad Social Corporativa frente al accionar de lo público.-

**La sociedad civil:** siendo a mi juicio el meollo del trabajo, “la sociedad civil no es un cuento”, sino que debemos llegar a comprender que aquellas otras dos sociedades deben contribuir a la satisfacción de las necesidades de ésta y el ejercicio del control que sus integrantes deben ejercer sobre las actuaciones impropias de los políticos y funcionarios; abordando la dimensión ética de las organizaciones públicas en relación con el campo cultural y plantear el análisis

desde el punto de vista de la adaptación del individuo al medio y su socialización, poniendo especial énfasis en los aspectos psicológicos de este proceso.

### **Racionalidades de cada tipo de esas Sociedades**

En este momento debemos distinguir entre racionalidades diferentes, y hasta encontradas; cada una de estas sociedades representan distintas formas de pensar la acción, ya sea técnica, pragmática o ética.

La racionalidad técnica se vincula principalmente al subsistema económico y es el modo de pensar que conduce a la realización eficiente de la acción, sobre la base del conocimiento científico-técnico.

Su lógica es instrumental abocada a eliminar obstáculos para el logro de los objetivos, cualquiera que sean.

Por otro lado la racionalidad pragmática que está vinculada al subsistema político, busca obtener y mantener el control del funcionamiento de una determinada estructura institucional o un conjunto de ellas, y eso lo lleva a desplegar una lógica comprensiva de las reglas de juego, como por ejemplo, la negociación y la percepción del carácter de los actores relevantes.

Mientras que la racionalidad ética, está vinculada con el mundo de la vida, es la que preserva el valor de la persona humana frente a la fuerza arrolladora de las otras dos racionalidades.

Esto es así porque vivimos en medio del conflicto social, la lógica de la racionalidad ética es defensiva; pero a la vez activa, sostenida en principios éticos y no en dogmas.

En consecuencia, a los académicos a través de la Universidad es la de difundir la racionalidad ética. Y es así que cuando se presentan retos históricos, somos los universitarios los que debemos detectarlos y calibrarlos en su real dimensión, debemos saber si las tendencias que se observan en el campo de la acción política son una simple moda o si representan, más bien, el inicio de una verdadera transformación de la democracia moderna.

Esto no significa que la Universidad de ofrezca como plataforma para movimientos políticos ni menos para partidos políticos.

Los partidos y movimientos políticos, pertenecen a la **Sociedad Política**, y están allí para obtener el control del gobierno y la administración el Estado.

Decía que uno de los desafíos es el de descubrir qué pretende la **Sociedad Económica**, cuál es su cometido, asociándolo con la Responsabilidad Social Corporativa.

Al igual que la **Sociedad Política**, ésta pretende hacerse del poder, no ya político, sino el económico.

Y es en este punto que parecieren antípodas, pero en realidad llegan a ser socias ambas **Sociedades**, pues, una se necesita de la otra.

Pero en el centro de la escena se encuentra la **Sociedad Civil**, que debería ser la destinataria de los esfuerzos de aquellas dos en conjunto, pues, como toda organización corporativa deben estar imbuídas de la Responsabilidad Social de responder a la **Sociedad**, de la cual se nutren permanentemente, sino qué sentido tendría la política partidaria sin una sociedad civil que participe en los partidos políticos y además que trabaje y consuma para alimentar a la sociedad económicas.

Ahora bien, vemos con demasiada asiduidad, no sólo en nuestro país, sino que a lo largo del planeta que los miembros de la **Sociedad Política**, en su afán de hacerse del poder y mantenerse en él, recurren frecuentemente a la “promesa electoral”, al “clientelismo”, y caen inexorablemente como efecto de sus prácticas muchas veces nocivas en la “corrupción”.

La realidad nos dice que una vez alcanzada su meta de obtener el poder que le otorga esa **Sociedad Civil**, cometen el terrible pecado de olvidarse de todas aquellas promesas, traicionando a los miembros de esta última.

Y esto se puede corroborar fácilmente, con efectos que se suscitan diariamente. Incremento de las desigualdades: de género, de ingresos, etc.. Incremento de las inequidades. Incremento de los índices de pobreza.

Pero como todas las cosas en la vida humana, tiene su explicación, sin que esto signifique una justificación; pues, una vez alcanzado el poder, como decía más arriba, hay que mantenerse manejándolo, y para ello necesariamente la **Sociedad Política** debe vincularse con la **Sociedad Económica**, y aliarse a tal fin, cada uno con su racionalidad innata, más con el mismo ideal.

Como fuente financiera de la empresa privada y como amparo económico de los partidos políticos Sus líderes de partidos políticos, de la empresarial, las cúpulas militares y religiosas y sus entornos, tienen al Estado como su mejor e inmediata fuente de vida fácil, de enriquecimiento y/o beneficio personal y familiar. Las arcas del estado siempre han sido adecuadas como un modus vivendi de las clases política y económica dominantes y tradicionalmente representativas, con signos parasitarios. Sostenidos con los privilegios e inmunidades (impunidad) que les permiten el beneficio constante a través del poder.

Esto es así porque en este tercer milenio las organizaciones que componen el entramado social, se han tornado, y lo seguirán de ahora en más, muchísimo más complejas.

¿Qué quiero significar con esta aseveración?. Cada uno de los miembros de la **Sociedad Civil** integramos de alguna u otra forma una organización: el club del barrio, la peña de los miércoles, la asociación vecinal, el sindicato, la sociedad de fomento, la universidad, la escuela, el hospital, la empresa, y podríamos hacer una interminable lista. La conclusión es que las relaciones entre los integrantes de la sociedad toda se han complejizado. Es por ello, que lo que se ha dado en llamar **responsabilidad social** cobra hoy más que nunca importancia superlativa.

¿Qué entiendo por **responsabilidad social**?, la solidaridad, el amor al prójimo, el cumplir cada uno con sus obligaciones.

Es a este último punto al que me referiré: **cumplir cada uno con sus obligaciones**. Obligaciones para consigo mismo y para con sus semejantes.

## **LA NECESIDAD DE LA CULTURA DEMOCRÁTICA**

La democracia participativa se ve reflejada en la participación ciudadana, apoyar la participación de la sociedad en los momentos y en los temas de importancia trascendental para el país, en donde institucionalizar el diálogo nacional como mecanismo permanente de participación ciudadana y fortalecer las organizaciones actuales y/o espacios de consulta y apertura con la sociedad civil . la violencia estructural que se ve reflejada en los fenómenos de la corrupción, narcotráfico y terrorismo.

Es generalizada en América Latina, . **la queja sobre la incapacidad del aparato político-judicial y las leyes para enfrentar la corrupción.** En sociedades latinas, transitan del autoritarismo a la democracia, la necesaria voluntad política nacional es la fuerza capaz de galvanizar al Estado y a la sociedad en el propósito de lograr una eficiente y eficaz actividad pública anticorrupción. Sin ella es casi imposible pensar en una lucha exitosa en este terreno.

Una condición indispensable de la legislación anticorrupción y las instituciones encargadas de aplicarla es su funcionamiento armónico y coordinado. Aplicar las leyes es llevar el aparato normativo jurídico a regular un caso específico que suceda en la vida nacional o internacional. Las consecuencias de las leyes relacionadas con la corrupción pueden ser de tres tipos: **de castigo a las personas que incurrir en delitos de corrupción; de prevención de la corrupción; y de encubrimiento de la corrupción.**

Hay, sin embargo, con alta frecuencia, un efecto no buscado de encubrir la corrupción en apariencias de legalidad o legitimidad. La práctica generalizada para encubrir legalmente la corrupción consiste en asumir y cumplir los aspectos formales ordenados por la ley, sin consideración alguna por lo sustantivo. En su aplicación, la ley es susceptible de usos contradictorios. Quienes practican la corrupción usan las leyes para protegerse asimismo.

Resulta, entonces, que la aplicación de las leyes un arma de doble filo: puede servir para combatir a la corrupción o para legitimarla y legalizarla. En este contexto, el esfuerzo del Estado y de la sociedad debe ir encaminado en un doble sentido: lograr mecanismos legales que impidan el uso de la legislación con propósitos de encubrimiento de la corrupción y elevar cualitativa y cuantitativa mente el nivel de aplicación de las normas jurídicas. Por otra parte, enfocar la corrupción como violación a derechos humanos y constitucionales, y sancionar como tales violadores a los corruptos es una dimensión mas que debe ser desarrollada en la lucha anticorrupción. La aplicación de las leyes debe además cumplir una función preventiva. Es posible actuar preventivamente cuando se condena judicialmente a los corruptos en forma sistemática y eficiente, de manera que ser corrupto o ser cómplice de la corrupción sea percibido por la población como una conducta de riesgo que se debe evitar.

Desde la mitad del siglo XX el Estado ha creado un abundante número de leyes relacionadas directa o indirectamente con la corrupción, cuyo fundamento siempre explicitado es la Constitución de la República. Tal abundancia normativa puede ser tenida como evidencia de que las naciones más corruptas suelen tener muchas leyes anticorrupción. Las leyes anticorrupción iniciales establecieron los más permanentes órganos y mecanismos contralores del Estado: la Contraloría General de le República y la Procuraduría General de la República.

En materia de combate a la corrupción, se afirma que deben mejorarse tanto el conjunto de normas sustantivas y procesales, como la aplicación de la ley a los casos específicos. Dentro de este marco general surge un dilema: ¿Que debe reformarse con prioridad: las normas o su aplicación? Si habiendo leyes de aceptable calidad, la corrupción aumenta en sus montos y prolifera en nuevas áreas de la actividad publica, Puede inferirse validamente que la mera existencia de las normas jurídicas no incide de manera decisiva sobre el avance de la corrupción. Sobre esta base, es factible afirmar que la aplicación es un área más decisiva.

Las normas vigentes para el combate a la corrupción se clasifican en tres tipos: primero, leyes para administrar los recursos públicos, que señalan procedimientos y mecanismos para realizar actos públicos, regular las relaciones del Estado con sus funcionarios, y las gestiones de particulares ante el estado. Segundo, las leyes para controlar la administración de los recursos públicos, encargadas de normar, legitimar y generar eficiencia en el funcionamiento de los órganos y ejecución de las acciones de seguimiento, auditoria y control de la actividad pública. Tercero, leyes para la acción judicial, orientadas a lograr la aplicación de penas a quienes incurran en actos delictivos y la restitución del patrimonio o los beneficios obtenidos mediante prácticas corruptas.

Las leyes de administración de los recursos públicos se incumplen sistemáticamente en las diversas instancias del Estado y hay una tendencia a dejar muchos procedimientos a discreción de los funcionarios, posibilitando de esta manera espacios libres para que se introduzca la corrupción. Las leyes para el control tienden a ser aplicadas indebidamente, en especial en los casos de los más altos funcionarios de la cúpula político-administrativa del Estado. Las leyes que juzgan y castigan actos de corrupción tienden a ser selectivas en su aplicación. Se aplican solo a los que no tienen influencias políticas ni capital.

Algunos de los obstáculos más relevantes para impulsar el proceso judicial contra supuestos responsables de actos de corrupción son: la corrupción tiene que ver con el marco legal e institucional general; hay leyes que no se aplican por los organismos contralores del Estado debido a la politización de los mismos; en el poder judicial, un obstáculo para enfrentar la corrupción es que la mayoría de los jueces son de nombramiento político y trabajan bajo presiones económicas y políticas; el sistema legal solo funciona en base de declaraciones que no proveen fundamento suficiente para obtener sentencias condenatorias; ni la población ni las mismas autoridades colaboran para encontrar pruebas de delitos relacionados con la corrupción; y para investigar los delitos, el Ministerio Público no cuenta con una policía de investigación que colabore debidamente.

Luego de nombrar al efecto denominado “corrupción”, es necesario intentar una explicación de qué se trata

Según el diccionario de la real academia española, corrupción es acción y efecto de corromper./ Alteración en escritos./ Vicios o abusos en costumbres.//

Corromper: Alterar algo./ Hechar a perder, pudrir./ Sobornar./ Seducir a una mujer./ Estragar, pervertir.//

Acto corrupto: (acto aislado) El acto del funcionario es corrupto cuando este antepone su interés personal o de un determinado sector al bien común que es la finalidad última de la función. Resulta más fácil ser detectado y corregido porque es un acto aislado.

Estado de corrupción: Es una situación que permanece en el tiempo. Esto es mucho más preocupante porque permanece y es contagioso, es una enfermedad moral que tiende a expandirse.

Bielsa dice que corrupción en la función pública, es la desnaturalización o desviación del regular ejercicio de la función pública, entendida esta como la entera actividad del estado, esta no es solo las funciones del poder ejecutivo como poder administrador, el ejercicio de las funciones legislativas, ejecutivas y judiciales, nacionales, provinciales y municipales, frente al comportamiento de sus titulares o al de terceros destinatarios o no del acto funcional. No todas las prácticas corruptas son delitos tipificados en el código. La corrupción no se limita solo a las transacciones de dinero, en determinados casos la corrupción es el precio que se paga a los individuos por participar en decisiones contrarias al interés general y a los que fueran sus propias convicciones.

Factores que conducen al estado de corrupción:

Los factores que conducen al estado de corrupción se pueden resumir en cuatro

-Sensualidad del poder: para alcanzar el poder todo vale, el poder nos atrae, se pierde el control de los modos éticos de la conducta.

-Hedonismo y la ambición de riqueza: en nuestra sociedad la mayor cantidad de bienes materiales da prestigio, lo vemos como una virtud, algo digno de admiración (en lugar de reprocharlo).

-Inactividad, inoperancia o desnaturalización funcional de los organismos de control y de sanción, establecidos con la consiguiente impunidad; por ejemplo lo voy a hacer, si no me va a pasar nada, al otro no le pasa a mí tampoco.

-Falta de opinión pública: la opinión pública es muy importante (generalmente no se equivoca), y la prensa es la encargada de transmitirlo. La opinión pública, por silenciosa, por Falta de conocimiento, por indiferencia, esto es un modo de permitir la corrupción, por eso si tiene como expresarse, como manifestarse, podría entonces poner frenos, esto se logra a través de la prensa.

Los dos primeros factores se encuentran en la intimidad del propio sujeto y es controlable por el mismo, los otros dos son ajenos al sujeto son controlables desde afuera por la sociedad.

¿Cómo se sale del estado de corrupción?

Se sale con un cambio de actitud ética, una actitud crítica donde se vuelvan a priorizar y rescatar determinados valores, por encima de otros. Es un cambio de actitud de la sociedad frente al estado, a partir de esa toma de conciencia moral, será eficiente cualquier disposición que tienda a reprimir esa situación, antes es inútil.

Actos de corrupción administrativa son por ejemplo los tipificados por los artículos 248 y ss (abuso de autoridad y violación de los deberes de funcionarios públicos), 260 y ss.(malversación de caudales públicos), 266 y ss

(exacciones ilegales), 268 (1y2) (enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados), entre otros. Estos delitos ponen en movimiento una acción pública que actúa de oficio ante el solo conocimiento o posibilidad de que determinada situación pueda constituir delito.

### **3. Delitos contra la administración pública**

#### **A. Administración pública**

El título XI de la parte especial del Código Penal Argentino, abarca catorce capítulos en los que quedan comprendidos como contrarios a la administración pública un grupo grande e importante de delitos que entre sí muestran naturaleza bastante diversa.

Al referirse a la administración pública, la ley, no está protegiendo a la nación o al estado mismo, como lo hace en los títulos IX y X (delitos contra la seguridad de la nación por ejemplo traición art.214, delitos contra los poderes públicos y el orden constitucional por ejemplo sedición art.229), sino el normal funcionamiento de los órganos del gobierno. Es la regularidad funcional de los órganos del estado lo que constituye la objetividad jurídica que nos ocupa.

El concepto de Administración Pública, en el título que nos ocupa no coincide con el que le asigna el derecho administrativo, que es mucho más amplio puesto que comprende el aspecto funcional de los tres poderes.

1. La expresión Administración pública es susceptible de ser empleada en dos sentidos:

I. En sentido restringido se refiere al conjunto de dependencias subordinadas al poder ejecutivo, generalmente en el derecho constitucional, en el derecho administrativo, en el derecho político se habla de administración como sinónimo de poder administrador.

II. Pero en materia penal, al hablar de administración pública, no restringe su sentido al de poder ejecutivo sino que lo aplica para toda la administración pública ejecutiva, legislativa y judicial.

2. Para Carlos Creus, por ejemplo, la protección penal del título se extiende tanto a las funciones administrativas propiamente dichas, cuanto a las otras funciones del estado, legislativa y judicial, por tanto el concepto penal de administración pública es algo muy lato: “es el gobierno del estado integrado con todos los poderes que lo componen, con los servicios que son inherentes a esos poderes o que el estado atrajo a sus esferas por razones prácticas pero en cumplimiento de finalidades públicas”. Puede decirse entonces que el objeto de protección es la regularidad y eficiencia de la función pública concebida en su sentido más extenso, comprensivo de la función pública en su sentido propio, es decir de la que importa un encargo del estado en la persona del funcionario, por medio del cual aquel expresa su voluntad frente a y sobre los administrados, como del servicio público que se desenvuelve dentro de la administración.

El objeto protegido en este título no son las funciones del Poder Ejecutivo como poder administrador, sino el ejercicio de las funciones legislativas, ejecutivas y judicial, nacional, provincial y municipal, frente al comportamiento de sus titulares o al de terceros destinatarios o no del acto funcional.

La mayoría de la doctrina coincide entonces que lo que se protege por el código al referirse a la Administración Pública es el regular ejercicio de la función pública, entendida esta en su sentido más lato (funciones legislativas, ejecutivas y judiciales tanto nacionales, provinciales como municipales).

El funcionario público o un particular son los actores pasivos. Desde el punto de vista administrativo funcionario público es distinto de empleado público. Al funcionario se le asigna la función de representar, expresar o ejecutar la voluntad del estado, en cambio el empleado no la tiene, pues este no participa

del ejercicio de funciones publicas, sino que presta un servicio vinculado a ese ejercicio.

El articulo 77 del código penal dice: “por los términos funcionario publico y empleado publico usados en este código, se designa a todo el que participa accidental o permanentemente del ejercicio de funciones publicas, sea por elección popular o por nombramiento de autoridad competente”

### **Enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados**

En el titulo XI, parte especial, del Código Penal Argentino están tratados los delitos contra la administración pública, entre los cuales el código regula al enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados, en el capitulo IX bis, artículos 268 (1) y 268 (2), que a continuación se transcriben

Articulo 268 (1): Será reprimido con prisión de seis meses a dos años o reclusión de dos a seis años e inhabilitación absoluta por tres a diez años el funcionario publico que con fines de lucro utilizare para sí o para un tercero información o datos de carácter reservado de los que haya tomado conocimiento en razón de su cargo.

Articulo 268 (2): Será reprimido con prisión o reclusión de dos a seis años e inhabilitación absoluta de tres a diez años, el que al ser debidamente requerido, no justificare la procedencia de un enriquecimiento patrimonial apreciable suyo o de persona interpuesta para disimularlo, posterior a la asunción de un cargo o empleo publico. La prueba que ofrezca de su enriquecimiento se conservara secreta, a su pedido, y no podrá ser invocada contra él para ningún otro efecto. La persona interpuesta para disimular el enriquecimiento será reprimida con prisión de uno a cuatro años.

Se había advertido en el texto original del código penal, la ausencia de tipos que puniesen el enriquecimiento de funcionarios que, aun reconociéndose su procedencia de un manejo ilegal en la función, no pudiera colocarse en uno de los tipos de corrupción administrativa. La ley 16.648 procuro llenar aquella laguna apoyándose en numerosos precedentes que no habían llegado a tener sanción legislativa.

Fueron múltiples las iniciativas y su tipificación fue objeto de constantes postergaciones, Alberto Millán dice haber registrado 20 proyectos de ley, hasta que se sanciona el 30 de octubre de 1.964 dicha ley que introduce al código tales disposiciones, fundamentalmente procedentes del proyecto de 1.960.

#### **5. Utilización de informaciones y datos reservados (art. 268 (1))**

Aunque la doctrina ha señalado distintos bienes jurídicos como objetos de la protección, es evidente que estos supuestos completan, en unión con los del artículo 265, la protección de la imparcialidad de los órganos de la administración frente a terceros, que la función pone en sus manos, para lucrar con ellos o para hacer lucrar a terceros.

La acción típica, es utilizar con fines de lucro para sí o para un tercero las informaciones o datos de carácter reservado, de los que se haya tomado conocimiento en razón del cargo.

1-Utilizar: Es valerse del dato o información con la finalidad lucrativa prevista por la norma aunque la consumación no requiere que efectivamente el provecho se haya obtenido. Este provecho incluso puede obtenerse sin revelar el hecho, actuación o documento. No se trata dice Ricardo Nuñez de haber obtenido una contraprestación por la “noticia”, sino de haberla usado para lograr un beneficio.

El delito se consuma al utilizar el dato o informe con fin de lucro, no se requiere consecuencia o resultado alguno. Menos aun perjuicio económico para la administración pública, que lo común será que no se cause. Es posible tentativa.

Alguna doctrina requiere que esa utilización la realice directamente el funcionario por medio de la aplicación del dato o información en operaciones o negociaciones con las que espera obtener el lucro, pero ello no es una exigencia del tipo; tanto los utiliza para lucrar el que emplea en esa forma el dato o información, como el que los entrega a un tercero por un precio, ya que no cabe duda de que también los utiliza con fines de lucro en ese caso. Pero, eso no implica que necesariamente la utilización del dato o información importe su revelación a personas no autorizada para conocerlo, puesto que, normalmente, el empleo directo por el funcionario no lo requiere (por ej. el funcionario que sabiendo de una devaluación, adquiere por sí moneda extranjera).

Las informaciones son las noticias o conocimientos que adquiere el agente sobre decisiones o futuras actividades de la administración. Los datos son los elementos que sirven para completar un conocimiento o para hacerlo operativo (estadísticas, documentos, testimonios etc.). La información o dato pueden o no ser de naturaleza económica, pero si tienen que ser utilizado con finalidades lucrativas. Además tiene que ser de carácter reservado, es decir de aquellos cuya comunicación a personas ajenas al ámbito funcional que los posee, esta prohibida. Este carácter reservado puede provenir de una orden explícita de la autoridad competente o de una disposición explícita o implícita de la ley o reglamento o, según algunos autores de la costumbre administrativa legalmente admisible, pero siempre tiene que tratarse de datos o informaciones que el autor haya conocido en razón de su cargo.

Subjetivamente la acción debe ir enderezada a la obtención de un lucro que beneficie al mismo funcionario o a un tercero, cualquier otra finalidad (política, religiosa etc.) colocara la conducta fuera del tipo, salvo que coexista con ella la finalidad lucrativa.

El delito se consuma con la aplicación (utilización) del dato o información ya directamente en la operación con la que se piensa obtener el lucro, ya con la comunicación a un tercero extraño de quien se espera una retribución, independientemente de que se haya obtenido provecho o no. Lo que aquí se pune, no es propiamente el enriquecimiento del autor, sino la utilización venal del dato o información. Son muchos los autores que admiten la posibilidad de la tentativa.

El autor del ilícito es el funcionario público cuya competencia funcional le haya proporcionado el conocimiento del dato o información. La estructura del tipo indica que el autor tiene que poseer la calidad tanto al adquirir el conocimiento del dato o información, como al utilizarlo.

### **Enriquecimiento ilícito (268 (2))**

Con este artículo se completa el capítulo de enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados.

Lo que el delito trata de proteger son aquellas conductas anormales que persiguen el logro de aumentos patrimoniales prevaleciendo de la condición de funcionario público por parte del agente.

El más serio problema creado por esta figura es el de la presunción de ilicitud 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 esta a cargo del sospechado.

Mas allá de la protección de dichos bienes, la norma, pensamos es inconstitucional, el tipo que estudiamos violenta las garantías constitucionales como el debido proceso, la defensa en juicio y el estado de inocencia. Ello así, y fundamentalmente en cuanto pone en cabeza del imputado la obligación procesal de probar el origen legal de su enriquecimiento, o al menos que el mismo es ajeno a la función desempeñada, partiendo entonces la incriminación de una presunción de culpabilidad. Esta ficción, y más allá ahora de que se halla instado con antelación a que el funcionario al asumir presente ante la autoridad una declaración privada o publica de bienes, sostenemos vulnera los predichos derechos dogmáticos que prevé la constitución. Si la ley 16.648 ha querido reglamentar esos derechos o su ejercicio, su disciplina, atento a la presunción señalada y su irrazonabilidad, desbarajusta la pirámide jurídica (artículo 31, Constitución Nacional). De allí que en todo momento procede la declaración –incluso oficiosa- de inconstitucionalidad apuntada, con el consiguiente sobreseimiento del imputado por atipicidad penal. Por cierto entonces que una reforma legislativa debiera promover la desincriminación del tipo o quizás mejor aun su redacción en términos que no perjudiquen las garantías constitucionales referidas y la adecuada carga de la prueba.

No obstante todo lo que sobre el tema se ha hablado, la cuestión no ha podido ser soslayada. Ninguno de los argumentos tendientes a demostrar que la prueba no se invierte nos convence, dice Fontan Balestra. Lo que se debe demostrar en definitiva 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 publica y que no es merecedor de reproches. Sin embargo no es el único caso en que la ley procede de tal modo sin haber provocado reacción por ejemplo el caso de la quiebra fraudulenta por disminución no justificada del activo.

En estricta técnica legislativa, la solución no es ideal, pero tomando en consideración los particulares matices del caso, los problemas que de ellos se siguen, hemos de concluir que es la única al menos a la vista.

Muchas dudas ha suscitado a la doctrina la verdadera acción típica. Si nos atenemos a la letra de la ley, es la de no justificar la procedencia de un enriquecimiento patrimonial apreciable. Sin embargo Fontan Balestra dice que lo que se castiga es el hecho de enriquecerse ilícitamente y que la no justificación es una condición de punibilidad o un presupuesto de procedibilidad. Para Ricardo Nuñez, estamos en presencia de un delito complejo que requiere el acto positivo de haberse enriquecido apreciablemente y el negativo de no justificar la procedencia de ese enriquecimiento. Y en opinión de Carlos Creus, si nos fijamos bien en la estructura típica, veremos que la conducta castigada es la de no justificar el enriquecimiento, este es algo que preexiste a esa acción pero no la integra, es mas existe la posibilidad e un enriquecimiento perfectamente licito, pero si el agente se niega a probar que lo es, igualmente podría encontrar cabida en este artículo (268 (2)).

Cuando la ley habla de no justificar, el significado completo del termino alude a la falta de acreditación de la procedencia del enriquecimiento, ya provenga de una negativa expresa o implícita (no de contestar el requerimiento), ya de lo insuficiente de la prueba de esa procedencia. Lo que la ley de ningún modo exige es que se pruebe el origen licito del incremento. Lo único que se requiere es la acreditación de una causa de enriquecimiento extraña al desempeño de la función publica. Por supuesto que se debe tratar de una justificación posible, la imposibilidad material originada al margen de la conducta del agente no nos situara en la hipótesis típica.

La acción típica consiste exclusivamente en no justificar. En este sentido el enriquecimiento patrimonial apreciable es elemento objetivo del tipo penal, si, obviamente anterior a la acción (como lo es también el requerimiento), pero

extraño a la misma. Coherentemente con lo expuesto la acción penal se cuenta a partir del requerimiento insatisfecho.

El delito se consuma con el enriquecimiento. La tentativa, aunque imaginable no resulta punible, puesto que nada hay que justificar. Este enriquecimiento puede consistir en un aumento del activo o una disminución del pasivo y ha de haber tenido lugar durante el tiempo en que se desempeñó la función pública, posterior a la asunción de un cargo o empleo público.

Se trataría de un delito de omisión que se consuma cuando, vencidos los plazos fijados para contestar al requerimiento o, en su defecto, transcurridos los plazos procesales pertinentes para ejercer el derecho de defensa, el agente no justifico o no justifico suficientemente la procedencia extrafuncional de su enriquecimiento. Entonces como delito de omisión la tentativa es inadmisibles.

El funcionario o ex funcionario debe ser debidamente requerido para que justifique la procedencia (licita) del enriquecimiento suyo o de persona interpuesta para disimularlo.

El requerimiento debe ser específico, esto significa no reclamar una declaración total del patrimonio, sino la prueba de la procedencia de lo indicado como enriquecimiento, ese requerimiento puede formularse mientras el funcionario ocupa cargos públicos o después de haber cesado en la función. La ley no dice de quien debe partir el requerimiento. Debe tratarse sin duda de la autoridad competente. Ahora ¿cuál es la autoridad competente?, aquí la doctrina tiene distintas opiniones:

-Alguna doctrina reconoce que la facultad la tiene la autoridad administrativa de la que depende el funcionario o quien lo fue, ciertos organismos administrativos encargados de examinar la conducta de los funcionarios (como la Fiscalía de Investigaciones Administrativas) o los cuerpos legislativos en función de investigadores de la actividad de los funcionarios.

-Pero para muchos la facultad solo la poseen los jueces competentes para investigar el delito, lo cual plantea muy serias dudas, reconocer esa facultad judicial nos llevaría a consagrar la admisibilidad de un proceso previo al hecho justificable (implicaría violar los artículos 18 y 19 de la Constitución Nacional).

Julio Chiappini esta de acuerdo con esta ultima opinión, para él, atento a la grave laguna normológica, estima que solo el juez que puede investigar el delito es hábil para el requerimiento valido, sea por denuncia, sea obrando oficiosamente, teniendo en cuenta que el delito es de acción publica. Ante el requerimiento formal nace el deber de la justificación. La disposición castiga precisamente el incumplimiento, consumándose el delito cuando vencen los plazos discernidos para el descargo o la defensa.

La prueba de que el requerido se valga para justificar la procedencia del acrecentamiento patrimonial, puede ser de cualquier naturaleza, la ley nada dice. Continua el articulo diciendo “se conservara secreta a su pedido y no podrá ser invocada contra él para ningún otro efecto”, La mayoría esta de acuerdo con esto porque de lo contrario se los colocaría en el trance ineludible de desnudar públicamente su vida privada o de declarar contra sí mismo, en violación de lo establecido en el articulo 18 de la Constitución Nacional. De esta manera se evita colocar al funcionario en el dilema de dejarse condenar injustamente por un enriquecimiento que no deriva de la función o de ser procesado (si se trata de delito) o menospreciado por haber justificado fehacientemente que el aumento proviene de un acto ajeno a la función. El secreto no es de rigor, se lo mantiene a pedido del interesado.

Soler enseña, que el resguardo debe ser entendido en el sentido de que la reserva que allí se dispone solamente regirá cuando el enriquecimiento sea declarado licita y absuelto el imputado en consecuencia.

Autor puede ser únicamente la persona que ocupe o que haya ocupado un cargo como funcionario o empleado. La persona interpuesta es un partícipe amenazado con pena sensiblemente menor.

El delito de la persona interpuesta: El enriquecimiento puede haberse producido tanto en el patrimonio del agente como en el de un tercero siempre y cuando este sea una persona interpuesta o sea quien actúe como personero del agente para disimular su enriquecimiento.

La doctrina ha considerado esta persona interpuesta como un partícipe principal del delito, otros autores ven esto inexacto, puesto que si la acción del agente es la de no justificar y quien debe justificar es el funcionario o ex funcionario, no se ve como aquella persona puede ser cómplice de tal omisión.

La conducta del tercero que resulta punible es la de haberse prestado a la disimulación del enriquecimiento de aquel, tratase de una actividad que aunque relacionada con la del autor, es delictivamente autónoma lo que se ve claramente en la elección de una pena distinta por parte de la segunda norma.

Es un delito doloso que reclama en el autor el conocimiento del enriquecimiento y de la existencia misma del requerimiento. Volitivamente exige la voluntad de no justificar o de no aportar los elementos que demostrarían la procedencia del enriquecimiento, convirtiendo en insuficiente la prueba de la justificación. No se da el tipo cuando la imposibilidad de justificar proviene de una causa extraña al agente, pero la misma situación se da cuando esa imposibilidad se deriva de una conducta culposa de aquel por ejemplo el que perdió por negligencia los elementos de prueba y demuestra tal circunstancia, pues si se incluyen esos supuestos en el tipo, estaríamos puniendo omisiones culposas o negligencias anteriores al hecho típico del mismo.

## **Conclusión**

En suma, podemos considerar a la corrupción como una enfermedad que socava la legitimidad de las instituciones públicas, atenta contra la sociedad, el orden moral y la justicia, así como contra el desarrollo integral de los pueblos. Al combatir la corrupción se fortalecen las instituciones democráticas, se evitan distorsiones en la economía, vicios en la gestión pública y el deterioro de la moral social. Nuestro país no es ajeno a tal problema, en busca del remedio para dicha enfermedad es que ha regulado en el código penal figuras que tipifican y sancionan conductas corruptas, tal como el enriquecimiento ilícito, que fue introducido con gran acierto, al código en los artículos 268 (1) y 268 (2), por la ley 16.648; aunque el texto de dichos artículos no sea del todo claro, motivo por el cual es objeto de críticas por parte de la doctrina, como esta desarrollado a lo largo del trabajo; sin embargo esta regulación significa un paso importante en la lucha contra la corrupción y más aun si tenemos en cuenta la adhesión por nuestro país a la Convención Interamericana contra la Corrupción. No obstante esto parece no ser suficiente, es importante entonces que nuestro país no solo regule estas conductas corruptas sino que además es fundamental que inicie los procesos y sancione cuando corresponda, solo de esta manera se haría efectiva la llamada lucha contra la corrupción. Para esto hay que generar conciencia entre la población sobre la gravedad de este problema, hay que fortalecer la participación de la sociedad civil en la prevención y lucha contra la corrupción. Un manejo más honesto, eficiente, público, honorable y adecuado de los fondos públicos puede significar una mejor atención de algunas de las funciones sociales que el Estado a veces cumple mal y también le libera fondos para atender sus deberes en materia de seguridad y justicia.

Dentro de este esquema poco alentador que acabo de describir recurriendo a trabajos elaborados por autores de prestigio y mucho respeto erudito, como Bielsa, Chiappini, Creus, Núñez o Fontán Balestra, no me caben dudas como hombre de administración, que alguna vez pasó por la función pública, que

trabaja en el aspecto judicial de la profesión, que ejerce la docencia, y trabajo en el ámbito de la Responsabilidad Social, y es que debemos todos participar y hacerlo activamente desde el lugar que ocupemos dentro del entramado social para efectuar el aporte que nos corresponde para mejorar la gestión pública, ya sea exigiendo o eligiendo adecuadamente a través de esa arma poderosa que nos proporciona la democracia que es el voto; pero también fundamentalmente, cultivando la **cultura del esfuerzo del trabajo** haciendo de esos conceptos una alianza inexpugnable en contra de la **cultura del facilismo y la banalidad**.