



*Ministerio de Justicia  
y Derechos Humanos  
Oficina Anticorrupción*

**CONTESTA VISTA**

Señor Juez:

Patricio José O'Reilly, y Arturo Gutiérrez, coordinadores de la Dirección de Investigaciones de la Oficina Anticorrupción, con domicilio legal en la calle Tucumán 394 con domicilio electrónico (20218203184 y 20222931356) en la causa N° **6734/2013: “Milani, Cesar Santos Gerardo del Corazón de Jesús s/ enriquecimiento ilícito” INCIDENTE N° 7**, nos presentamos y decimos:

**I.**

Se nos corre vista del planteo de inconstitucionalidad de la figura del art. 268 (2) del C.P. efectuado por la Dra. Barbitta en el que la esforzada defensora de confianza de Cesar Milani indica entre los fundamentos de su escrito que:

- a) *“La validez constitucional del tipo penal previsto en el inciso segundo del at. 268 (2) del Código Penal argentino ha sido cuestionada recurrentemente y de manera sobradamente fundada por la Doctrina nacional” tal como lo reconociera “V.S. en la causa nro. 12.441/2008 – López José Francisco s/enriquecimiento ilícito”.*
- b) *“La primera objeción...tiene que ver entonces con el principio de legalidad”, y que “El tipo previsto en el art. 268 inc. 2 (C.P.) a contrario de lo que debería, no determina cual es la conducta que se prohíbe y que será merecedora de pena, establecida la presunción de que un “enriquecimiento” no justificado, da por probado un hecho concreto”(el subrayado nos pertenece)*

- c) *“respecto del principio de inocencia (art. 18 de la Constitución nacional). Se podrá advertir fácilmente que... es vulnerado en dos de sus supuestos prácticos elementales: por un lado porque sería el imputado quien debería construir su inocencia desconociendo que la misma se halla preconstituida constitucionalmente y por el otro lado porque se desconocería que corresponde al órgano a cargo de la acusación desmoronar eso que el imputado tiene construido a su favor.*
- d) *Que debe adicionarse también la contradicción de la figura con el principio de culpabilidad, toda vez que aquél solo admite responsabilidad penal por conductas determinadas y no por modos de ser, características o estados del autor.*

## **II. RESPUESTA A LOS ARGUMENTOS**

a) Del mismo modo que alguna doctrina ha cuestionado la validez constitucional del tipo penal en estudio, también con sobradas razones, recordaremos aquí que, “el criterio de la jurisprudencia mayoritaria” se encuentra en oposición al planteo defensista.

Disentimos con la audaz afirmación de la letrada respecto a una necesidad de “revivir esta discusión y reproducir los argumentos hasta que la sana crítica de los Sres. Jueces (y la coyuntura política que probablemente presione sobre ellos) decidan cumplir con aquello por lo que se encuentran obligados”.

Por el contrario. Esta parte considera que bastan para contestar a sus planteos los argumentos utilizados por V.S. en el precedente “López José Francisco s/ enriquecimiento ilícito” a cuyos argumentos nos remitimos en honor a la brevedad.

b) La mera discrepancia de la defensora con lo que la ley dice, o el modo en que lo hace, indicando que es “lo que debería” decir, no es suficiente para impetrar la declaración de inconstitucionalidad de una norma, materia en la que rige criterio restrictivo



*Ministerio de Justicia  
y Derechos Humanos  
Oficina Anticorrupción*

por significar la última ratio del orden jurídico (Fallos: 307:531; 328:91 y 1416, entre muchos otros)<sup>1</sup>.

La declaración de inconstitucionalidad solo corresponde cuando nos encontramos ante un acto de suma gravedad que constituye una de las más delicadas funciones que puede encomendarse a un tribunal de justicia, y que sólo corresponde cuando una estricta necesidad lo requiera, en situaciones en las que la repugnancia con la cláusula constitucional sea manifiesta e indubitable, y no exista la posibilidad de una solución adecuada del juicio por otras razones que las constitucionales comprendidas en la causa (Fallos: 324:3219, considerando 10 del voto de la mayoría, y sus citas).

c) Con relación a la vulneración del principio de inocencia solo recordaremos aquí brevemente el criterio adoptado por el Dr. Hornos al resolver integrando la sala IV de la Cámara Nacional de Casación Penal en el caso ya citado: *“no se advierte que el artículo 268 (2) del Código Penal implique o defina una inversión de la carga de la prueba poniendo en cabeza del sospechado el deber de demostrar su inocencia mediante la justificación de la procedencia del enriquecimiento, porque lo cierto es que **la prueba del enriquecimiento en tal sentido injustificado corresponde al órgano jurisdiccional y al Ministerio Público Fiscal, quienes no son sustituidos en esa carga por el imputado....**”* pues *“...lo que se castiga, en definitiva, es el hecho comprobado, en base a los datos objetivos colectados en el juicio, de que el funcionario se ha enriquecido durante el ejercicio de la función pública de modo apreciable y sin razón alguna que permita considerar acreditada una fuente legítima (documentación, peritajes contables, testimonios, etc.), no puede concluirse -como lo hace la recurrente- que la negativa a justificar, o la justificación insuficiente o inhábil, sea lo que se valora negativamente, como acto definitorio o constitutivo de la consumación del tipo penal...”*.

---

<sup>1</sup> Alsogaray, María Julia s/ recurso de casación e inconstitucionalidad" S.C. A 1846; L. XLI.-

d) Con relación a este argumento respecto a una supuesta persecución penal de “un modo de ser” o características propias o estados del autor recordaremos que en precedente citado precedentemente el magistrado Pedro R. David enseñó con claridad que "el Estado tiene derecho a procurar que, por razones de transparencia administrativa, política criminal, e incluso por razones de adecuación a normativa internacional, los funcionarios gubernamentales posean exclusivamente el patrimonio que se encuentre justificado en actividades lícitas, previendo una condena penal para aquéllos cuyo patrimonio no se corresponde con sus ingresos legítimos, en el contexto de un proceso justo" por lo que el examen de constitucionalidad no puede incluir el examen de la conveniencia o acierto del criterio adoptado por el legislador (C.S.J.N., Fallos 253:362; 257:127; 308:1631; entre otros).

Por todo lo expuesto a V. S. solicito:

1. Se tenga por contestada la vista conferida
2. Se rechace el planteo de inconstitucionalidad del art. 268 (2) del C.P.

**PROVEER DE CONFORMIDAD**

**SERÁ JUSTICIA**