

En la actualidad el recupero de activos es considerado por la comunidad internacional como uno de los ejes principales en la lucha contra la corrupción. Esa relevancia ha quedado definitivamente plasmada en la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, suscripta en México, en diciembre de 2003 y luego, en las distintas reuniones y conferencias vinculadas con dicha convención, en donde se ha ido reafirmando el trascendente rol que el recupero de activos cumple en la erradicación de la impunidad en los casos de corrupción. En función de ello y, especialmente, a partir de la suscripción de la mencionada convención y luego con su ratificación dada por Ley 26.097 el Estado Argentino se ha comprometido asumir una política activa en materia de recupero de activos, tanto en el plano local, como así también en la cooperación que debe brindar a los demás Estados Parte en el cumplimiento de ese objetivo común. Para dar cumplimiento a los compromisos internacionalmente asumidos, la OA está procurando que, además de la difícil tarea de investigar los hechos de corrupción, los operadores jurídicos que actúen en el marco de las investigaciones de corrupción presten una especial atención a la cuestión del recupero de activos. En miras de realizar ese propósito la DIOA trabajó en el presente estudio, en el que se proponen nuevas técnicas para que las acciones de recupero de activos, instrumentadas a través de embargos preventivos, tengan resultados favorables. Este trabajo puede constituir una herramienta práctica y de utilidad para todos los agentes que intervienen en la lucha contra la corrupción.

OFICINA ANTICORRUPCIÓN
Ministerio de Justicia Seguridad y Derechos Humanos
www.anticorruption.gov.ar
Tucumán 394
(C1049 AAH) Ciudad Autónoma de Buenos Aires
República Argentina

9 789871 407163



Recupero de Activos en Casos de Corrupción



Recupero de Activos en Casos de Corrupción

El Decomiso de las ganancias del delito
- Estado actual de la cuestión -

 oficina anticorrupción

RECUPERO DE ACTIVOS EN CASOS DE CORRUPCIÓN

EL DECOMISO DE LAS GANANCIAS DEL DELITO

- ESTADO ACTUAL DE LA CUESTIÓN -

Sra. Presidenta de la Nación

DRA. CRISTINA FERNANDEZ DE KIRCHNER

Ministro de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos de la Nación

DR. JULIO C. ALAK

Fiscal de Control Administrativo

Oficina Anticorrupción

DR. JULIO F. VITOBELLO

Directora de Investigaciones

Oficina Anticorrupción

DRA. CLAUDIA A. SOSA

Director de Planificación de Políticas de Transparencia

Oficina Anticorrupción

MG. GERARDO M. SERRANO

RECUPERO DE ACTIVOS EN CASOS DE CORRUPCIÓN

EL DECOMISO DE LAS GANANCIAS DEL DELITO

- ESTADO ACTUAL DE LA CUESTIÓN -



Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos

 oficina anticorrupción

República Argentina

Intervinieron en la realización de este trabajo:

LUIS FERNANDO AROCENA

Investigador y Asesor de la Dirección de Investigaciones de la OA

JUAN CARLOS DURÉ

JOSÉ IPOHORSKI LENKIEWICZ

JUAN PATRICIO GARCIA ELORRIO

ARTURO ADOLFO GUTIÉRREZ

PATRICIO JOSÉ O'REILLY

Coordinadores de Investigaciones de la OA

MAXIMILIANO CLAUDIO FLAMMÁ

Coordinador de la Unidad de Admisión y Derivación

Prestaron colaboración en su elaboración:

MARTIN ANDRÉS MONTERO

Asesor de la Dirección de Investigaciones de la OA

MARCOS RAÚL MAGGI

Investigador de la OA

Con la dirección de:

CLAUDIA ALEJANDRA SOSA

Directora de Investigaciones de la OA

Coordinador del Proyecto:

LUIS FERNANDO AROCENA

Investigador y Asesor de la Dirección de Investigaciones

Asistieron en el diseño gráfico y la edición:

DOLORES LOBO

EVANGELINA BERTOLINI

MIGUEL VIDAL

CRISTINA VAIOLI

Asistentes de la Dirección de Investigaciones de la OA

Luis F. Arocena /Claudia A. Sosa

Recupero de activos en casos de corrupción: el de comiso de las ganancias del delito estado actual de la cuestión / [et.al.]; coordinado por Luis Arocena. - 1a ed. - Buenos Aires: Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos de la Nación, 2010.

282 p. ; 21x15 cm. - (Oficina Anticorrupción)

ISBN 978-987-1407-16-3

1. Derecho Penal. I. Arocena, Luis II. Arocena, Luis, coord.
CDD 345

Oficina Anticorrupción, 2010

I.S.B.N. 978-987—1407-16-3

Primera Edición: 100 ejemplares

Hecho el depósito que establece la ley 11.723

Impreso en Copygraph – Evolución Digital-
Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina, en el mes de abril del 2010.

Este documento puede ser reproducido en forma parcial sin permiso especial pero mencionando la fuente de información.

Oficina Anticorrupción:
Para efectuar denuncias:

anticorrupción@jus.gov.ar
denuncia@jus.gov.ar

Denuncias Oficina Anticorrupción:

5167-6400

OFICINA ANTICORRUPCIÓN

La Oficina Anticorrupción (OA) fue creada por la [Ley N° 25.233](#) (10/12/99), con el objeto de elaborar y coordinar programas de lucha contra la corrupción y, en forma concurrente con la Fiscalía de Investigaciones Administrativas, ejercer las competencias y atribuciones establecidas en los artículos 26, 45 y 50 de la [Ley N° 24.946](#).

Conforme el [Decreto N° 102/99](#) (23/12/99), que reglamenta las funciones y estructura de la Oficina Anticorrupción, ésta es asimismo la encargada de velar por la prevención e investigación de aquellas conductas que se consideren comprendidas en la Convención Interamericana contra la Corrupción (aprobada por [Ley N° 24.759](#)). Actúa en el ámbito de la Administración Pública Nacional centralizada y descentralizada, empresas, sociedades y todo otro ente público o privado con participación del Estado o que tenga como principal fuente de recursos el aporte estatal. La OA no tiene competencia para realizar investigaciones en el ámbito del Poder Legislativo, el Poder Judicial o en los organismos de las Administraciones Provinciales y Municipales.

La Oficina Anticorrupción, conducida por el Fiscal de Control Administrativo, desarrolla su labor desde dos áreas:

[Dirección de Investigaciones \(DIOA\)](#)

Esta Dirección es la encargada de:

a) Recibir denuncias de particulares o agentes públicos, sobre hechos presuntamente ilícitos y analizar si, de conformidad con los indicadores que prevé el plan de acción, configuran hechos de significación institucional, social o económica

b) Evaluar la información que difundan los medios de comunicación social, relacionada con la existencia de hechos irregulares en el ámbito de sus funciones y en su caso, iniciar las actuaciones correspondientes.

c) Analizar la información vinculada con el ejercicio de sus competencias producida por la Sindicatura General de la Nación y la Auditoría General de la Nación.

d) Investigar, con carácter preliminar, los casos que habiendo superado los criterios de significación pudieran configurar conductas previstas en la Convención Interamericana contra la Corrupción, Institución o Agencia financiada con recursos estatales.

e) Instar la promoción de sumarios administrativos o acciones judiciales civiles o penales, o cualquier otra medida que se considere adecuada para el caso y realizar su seguimiento.

f) Elaborar los informes relativos a su área.

Dirección de Planificación de Políticas de Transparencia (DPPT)

Esta Dirección es la encargada de:

a) Elaborar y proponer al Fiscal de Control Administrativo un plan de acción y los criterios para determinar los casos de significación institucional, social o económica. [Criterios de significación](#).

b) Realizar estudios respecto de los hechos de corrupción administrativa y sobre sus causas.

c) Recomendar y asesorar a los organismos del Estado la implementación de políticas o programas preventivos.

d) Llevar el registro de las declaraciones juradas de los agentes públicos, evaluar y controlar su contenido, analizando las situaciones que pudieran constituir enriquecimiento ilícito, conflicto de intereses o incompatibilidad en el ejercicio de la función, con los alcances que establece la [Ley N° 25.188](#).

INDICE

PROLOGO.....	15
1.- INTRODUCCIÓN	19
2.- OBJETIVOS DE LA OA EN MATERIA DE RECUPERO DE ACTIVOS	23
3.- SITUACIÓN DEL RECUPERO DE ACTIVOS A NIVEL MUNDIAL	29
4.- RECEPCIÓN DEL RECUPERO DE ACTIVOS EN LA PRÁCTICA ARGENTINA.....	33
5.- MECANISMOS O ACCIONES DIRIGIDAS A INTENTAR EL RECUPERO DE ACTIVOS	39
A) Acciones civiles de carácter resarcitorio –daños y perjuicios-	40
B) Problemas en la investigación patrimonial de los imputados y la detección de sus activos	42
I) Barreras para la detección y rastreo de bienes.	42
II) Casos en los que se superaron esas barreras.	47
III) Decomiso en sentencia condenatoria.	48
IV) Necesidad de contar con agencias de investigación y control especializadas.	51
V) Organismos especializados de Estados Unidos, Colombia y Brasil.	52
C) Acciones de decomiso.....	54
6.- PRINCIPIO RECTOR DEL DECOMISO DE LOS BIENES PRODUCTO DEL DELITO.....	63
7.- NORMAS INTERNACIONALES DE APLICACIÓN.....	69
8.- INJERENCIA DE LA NORMATIVA INTERNACIONAL EN EL DERECHO INTERNO	77
A) Responsabilidad Internacional en casos de Derechos Humanos.	80
B) Responsabilidad Internacional en casos de Corrupción.....	83
I) Convención Interamericana contra la Corrupción:	83
II) Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción:	85
III) Convención OCDE:.....	86
IV) Conclusiones sobre la Responsabilidad del Estado en materia de corrupción.....	88
9.- ALCANCE DEL DECOMISO CONTRA LAS PERSONAS JURÍDICAS	93
10.- EFECTOS DEL DECOMISO EN CASOS OCURRIDOS CON ANTERIORIDAD A LA REFORMA DE LA LEY 25.188.....	101
A) Sobre la posible afectación al Principio de Legalidad.....	102
B) La sinrazón de la objeción planteada	103
C) Síntesis de la cuestión atinente a la relación entre el decomiso y el principio de legalidad	107
11.- MEDIDAS CAUTELARES COMO MECANISMOS EFICACES PARA ASEGURAR UN EVENTUAL DECOMISO	111
A) Naturaleza de las medidas cautelares.....	112
B) Verosimilitud en el derecho	113
C) Peligro en la demora	115
D) Provisoriedad y variabilidad de la medida cautelar	117
E) Contra-cautela	118
12.- MOMENTO EN QUE PUEDE SOLICITARSE LA AFECTACIÓN PATRIMONIAL.....	123
13.- MEDIDAS CAUTELARES CONCRETAS	127
14.- ADMINISTRACIÓN Y DISPOSICIÓN FINAL DE LOS BIENES DECOMISADOS	133
14 .B.- EL CASO “ALSOGARAY”:.....	137

ANEXO DOCUMENTAL

1.- Causa “Skanska”

[A\) Pedido de Embargo OA en Causa Skanska](#)

B) Memorial OA en causa Skanska.....

[C\) Resolución Embargo Skanska –del Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal N° 7](#)

2.- CAUSA “GIACOMINO”

A) Presentación OA solicitando embargos contra personas jurídicas.....

B) Resolución Juzgado.....

3.- Causa “IBM-DGI”

A) Pedido de Embargo OA

[B\) Dictamen del Ministerio Público Fiscal](#).....

Siglas utilizadas:

- *CACCF*: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal.
- *CC*: Código Civil.
- *CIACC*: Convención Interamericana contra la Corrupción.
- *CNUCC*: Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción.
- *CP*: Código Penal.
- *CPCCN*: Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.
- *CPPN*: Código Procesal Penal de la Nación.
- *CSJN*: la Corte Suprema de Justicia de la Nación.
- *DIOA*: Dirección de Investigaciones, Oficina Anticorrupción.
- *DPPT*: Dirección de Planificación de Políticas de Transparencia, Oficina Anticorrupción
- *DRCI*: Departamento de Recuperación de Activos y Cooperación Jurídica Internacional – Brasil.
- *GAFI*: Grupo de Acción Financiera sobre el Lavado de Activos.
- *GCI*: Índice Global de Competitividad (Global Competitvity Index).
- *OA*: Oficina Anticorrupción.
- *OCDE*: Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico.
- *OEA*: Organización de Estados Americanos.
- *PTN*: Procuración del Tesoro de la Nación
- *TEOAF*: Treasury Executive Office of Asset Forfeiture – EEUU.
- *TOF 4*: Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 4.
- *UNODC*: Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito.

PROLOGO

La recuperación de los activos obtenidos en los casos de corrupción constituye una de las políticas centrales que nos propusimos al asumir la conducción de esta Oficina. Desde el primer momento identificamos en esa política varios de los principios y objetivos que animaban nuestro modelo de intervención en estos asuntos.

En primer lugar, nos propusimos contribuir a la erradicación de la impunidad, es decir, que se atribuyan conforme a derecho las responsabilidades penales que les incumban a todos los sujetos implicados en este tipo de hechos y que cumplan las condenas que les correspondan. En segundo lugar, queremos impedir que aún cuando el culpable vaya a la cárcel alguien pueda aprovecharse de un ilícito; queremos que el producto de esa ilegalidad sea recuperado y nuevamente asignado a los fines públicos originalmente previstos. En síntesis, que los bienes o el dinero recuperado por el Estado se aplique a sus finalidades originales.

Por tal motivo, nos propusimos implementar una política de recupero de activos agresiva. El propósito final de esta política es impulsar un cambio de paradigma a los fines de avanzar en los términos que sostiene la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (CNUCC), cuya adhesión fue ratificada por la Argentina por intermedio de la Ley N° 26.097¹. Este instrumento internacional, en su Artículo 1°, claramente señala que:

“La finalidad de la presente Convención es:

- a) Promover y fortalecer las medidas para prevenir y combatir más eficaz y eficientemente la corrupción;*
- b) Promover, facilitar y apoyar la cooperación internacional y la asistencia técnica en la prevención y la lucha contra la corrupción, incluida la recuperación de activos;*

¹ Promulgada el 9 de junio de 2006.

- c) *Promover la integridad, la obligación de rendir cuentas y la debida gestión de los asuntos y los bienes públicos”.*

De esto se trata: recuperar esos bienes públicos para ser aplicados a usos públicos. Por eso estamos procurando que además de la difícil tarea de investigar los hechos de corrupción los operadores jurídicos que actúen en el marco de estas investigaciones presten una especial atención en la cuestión del recupero de activos. Es una tarea que reconoce dificultades debido a que se trata de un enfoque con un débil desarrollo en la tradición legal y judicial de nuestro país. Es necesaria una aproximación de trabajo a este tipo de hechos con una mirada distinta. Las experiencias de otros países son valiosas y orientativas, pero es menester articular estos enfoques a los institutos del derecho argentino. Y sobre todo, es vital la consustanciación de los operadores jurídicos con el objetivo del recupero.

En ese contexto, desde la Oficina Anticorrupción nos propusimos trabajar en tres campos simultáneamente. Se ahondó el análisis y evaluación de instrumentos y mecanismos legales vigentes y se encargó a la Dirección de Investigaciones el diseño de un plan de acción acorde con esos instrumentos. Se seleccionaron una serie de casos que, tanto por lo que representaron como por los montos comprometidos, resultaban emblemáticos para dar una clara señal de la voluntad de implementar esa política. Sobre esa base, propusimos a la justicia acciones concretas de recupero.

En paralelo, la Oficina Anticorrupción participó activamente en la discusión del tema con distintos actores de la lucha contra la corrupción. Consultamos y debatimos con representantes de organizaciones civiles, magistrados y funcionarios del Poder Judicial de la Nación y del Ministerio Público Fiscal y participamos en reuniones de carácter internacional en las que se suscitó un muy fructífero intercambio con profesionales de distintos países en donde la temática del recupero de activos constituyó uno de los principales temas debatidos.

Así, el año 2009 significó una puesta a prueba de esta nueva estrategia. A lo largo del mismo la Oficina ha solicitado a la justicia la inmovilización, a través de embargos preventivos, de fondos sospechados de provenir de hechos de corrupción de importantes personas jurídicas vinculadas con grandes hechos de corrupción, por un monto superior a los 116 millones de pesos, obteniendo preliminarmente resultados favorables. Cabe señalar que anteriormente la afectación patrimonial a personas jurídicas en el marco de un proceso penal era casi inusitada.

Para ello hemos tenido en especial consideración la importante gravitación que las grandes compañías tienen sobre la actividad económica y también la cada vez mayor participación de grandes corporaciones en hechos de corrupción con el sector público. En esa dirección pensamos que estas acciones son capaces de disuadir a las empresas de su participación en negociados corruptos.

Estamos dispuestos a seguir promoviendo estas acciones, en todos los casos que sean necesarios, independientemente del origen de los capitales, ni la relevancia internacional de las firmas. Precisamente para nuestras sociedades resulta fundamental observar que el cumplimiento estricto de la ley comienza por los más poderosos.

Los objetivos parciales que hemos cumplido en aras de la concreción del propósito final de la política que estamos implementando fueron sólo el comienzo de un largo camino que aún queda por recorrer. En ese camino podemos avizorar nuevos intercambios de ideas tendientes a generar reformas legislativas para optimizar los actuales instrumentos legales y un avance hacia los modelos que otras naciones ya vienen implementando.

Finalmente, algunas consideraciones breves sobre el presente trabajo. En esta publicación no se pretendió ahondar en cuestiones conceptuales o profundizar en la evolución histórica de los

institutos analizados. Tampoco se tratan análisis comparativos entre nuestras leyes y los instrumentos legales que otros países han adoptado. Se trata, fundamentalmente, de una herramienta práctica; un primer mojón técnico generado por esta Oficina que creemos puede resultar de utilidad para el diseño de estrategias y el planteo y la resolución de acciones de recupero de activos.

Dr. Julio Fernando Vitobello

Fiscal de Control Administrativo

Oficina Anticorrupción

Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos

1.- INTRODUCCIÓN

En los últimos tiempos el recupero de activos ha tomado una especial relevancia a nivel mundial. El tema planteado ha llegado a convertirse en uno de los ejes centrales en la lucha contra la corrupción.

Por tal motivo, continuando con algunos estudios previos realizados en el ámbito del organismo, la OA ha encarado una política agresiva en la recuperación de activos, proponiendo como punto focal de su acción algunas de las causas en las que interviene como querellante y que, por su magnitud, pueden ser consideradas como casos testigos para estudiar el problema.

Asimismo, a través de su sitio web² se ha hecho difusión de los trabajos previos y de las presentaciones judiciales realizadas en los casos recién apuntados, que constituyen la base de esta publicación y sobre los cuales intentaremos profundizar.

Con esta política la OA se ha propuesto generar un CAMBIO CULTURAL. Cambio que pretende orientar el accionar de los distintos agentes que intervienen en la lucha contra la corrupción, para que en las investigaciones criminales, se preste atención a la cuestión atiente al RECUPERO DE ACTIVOS, con la misma energía empleada en la investigación de los hechos y la atribución final de responsabilidades. En especial, al decomiso de aquellos bienes que resulten ser el provecho o beneficio de los delitos de corrupción.

El principal motivo de esta propuesta radica en que, además de la imposición de condenas, el recupero de los activos ilícitamente obtenidos constituye uno de los pilares fundamentales para

² www.anticorruptiom.gov.ar

desterrar la impunidad en los casos de corrupción. Estos dos aspectos deben ser adecuadamente integrados para alcanzar una resolución final justa. Entonces, tanto la condena como el recupero de activos deben tener la misma importancia y peso en las investigaciones llevadas adelante, redoblándose los esfuerzos para que ambos fines sean debidamente atendidos.

Esta idea, que cuenta con la aceptación unánime y el consenso de todos aquellos que participan de los distintos foros especializados en la materia, parte del principio rector de que el corrupto no sólo sea sancionado penalmente, poniendo en riesgo su libertad, sino que además se vea obligado a devolver los activos que resultaron ser la ganancia económica del delito, arriesgando así su propio patrimonio.

Por otra parte, en esta publicación se describirán las ventajas estratégicas de dirigir las acciones de recupero de activos contra las PERSONAS JURÍDICAS que se hayan visto beneficiadas con el actuar delictivo de sus representantes, mandatarios u órganos societarios, como una herramienta esencial para prevenir la corrupción. Objetivo que constituye, una de las misiones principales de la OA, ya que la misma fue creada para elaborar y coordinar los programas de lucha contra la corrupción en el sector público nacional (*Cfr.* Art. 13 de la Ley 25.233) y según el Art. 1° del Decreto PEN N° 102/99³ la OA es el organismo encargado de velar por la prevención e investigación de aquellas conductas que dentro del ámbito fijado por esa reglamentación⁴ se consideren comprendidas dentro de la Convención Interamericana contra la Corrupción (CIACC), aprobada por Ley 24.759⁵. En idéntico sentido, en el Anexo II del Decreto PEN N° 466/07⁶, como uno de los principales objetivos de la OA, se fijó la función de Velar por el cumplimiento de las

³ De fecha 23/12/99.

⁴ Su ámbito de aplicación está comprendido por la Administración Pública Nacional centralizada y descentralizada, empresas, sociedades y todo otro ente público o privado con participación del Estado o que tenga como principal fuente de recursos el aporte estatal.

⁵ Promulgada el 4/12/1996; publicada en el B.O. el 17/01/1997.

⁶ Mediante este Decreto de fecha 2/05/2007 (B.O. 4/05/07), se aprobó la estructura organizativa de la OA.

Convenciones Internacionales de lucha contra la corrupción ratificadas por el Estado Nacional.

Al igual que muchas opiniones recientes, coincidimos en que en la Argentina debe darse un debate mucho más amplio acerca de los alcances y los mecanismos tendientes a lograr el recupero de activos derivados de delitos y, en especial, de los delitos de corrupción. Este sano debate e intercambio de opiniones y experiencias debe llevar a producir reformas normativas a nivel nacional.

Sin perjuicio de ello, en este trabajo propondremos acciones concretas y, según nuestro criterio, eficaces y dirigidas a obtener el éxito en la tan ansiada recuperación de activos ilícitos derivados del delito mediante el empleo de las herramientas que el ordenamiento legal hoy vigente nos brinda.

2.- OBJETIVOS DE LA OA EN MATERIA DE RECUPERO DE ACTIVOS

Frente al panorama anteriormente descrito la OA, que se encuentra abocada al cumplimiento de su misión focal, constituida por la aplicación en el orden interno de las convenciones internacionales en materia de corrupción, se ha puesto como meta promover un CAMBIO CULTURAL en torno del recupero de activos derivados del delito.

Lo que en definitiva se busca es intentar que el recupero de activos sea instalado en las prácticas forenses como un objetivo tan importante como la atribución de responsabilidades penales de los autores y partícipes de los delitos de corrupción.

Estamos convencidos que este cambio de paradigma, implica una modernización del derecho penal tradicional, el cual necesariamente debe ser complementado con herramientas eficientes tendientes a lograr la inmovilización de los activos de los sujetos envueltos en investigaciones judiciales; la atribución de responsabilidades a las personas jurídicas, con la consecuente imposición de sanciones de contenido económico; o lograr que las acciones de decomiso de bienes que resulten el provecho de un delito, ya sea antes o al momento de dictarse la sentencia condenatoria, constituyan una práctica común y frecuente en las investigaciones criminales.

En definitiva, el cambio, que con nuestra propuesta se pretende forjar, se orienta a buscar que el derecho penal también se ocupe de la reparación de los graves daños ocasionados por los actos de corrupción. Daños, que presentan como damnificada directa a la sociedad

civil en su conjunto, la que, por el efecto nocivo de la corrupción se ve privada de condiciones esenciales como la salud, la educación, la vivienda, el trabajo, la seguridad o la justicia y cuyas consecuencias generan la pérdida de confianza en las instituciones públicas, provocando el socavamiento de nuestro sistema de gobierno democrático.

Por supuesto que cambios de esta naturaleza no ocurren de un día a otro. Somos conscientes de ello y sabemos que para producirlos es necesario transitar por un proceso que demandará tiempo, la concientización de la importancia del cambio, un debate generalizado sobre sus ventajas, alcances y mecanismos y, sobre todo, requerirá de acciones concretas.

Creemos que los resultados de ese proceso podrán percibirse en el largo plazo. Sin perjuicio de ello, entendemos que los cambios no ocurren por sí mismos, sino que es necesario adoptar una posición activa y precursora. Para ello nos hemos colocado metas u objetivos parciales entre las que se encuentran:

a) El planteo de la cuestión en las causas judiciales donde la OA interviene y en las que se dan los recaudos de viabilidad;

b) Redoblar los esfuerzos para seguir el trámite de los planteos y obtener resoluciones favorables que puedan servir de precedentes para las próximas presentaciones;

c) Intentar que esta discusión sea tratada en la mayor cantidad de juzgados, tribunales y cámaras posible, incluso que por las vías recursivas correspondientes pueda llegar a estudio del Máximo Tribunal para conseguir así una jurisprudencia uniforme en la materia;

d) finalmente, a través de todos esos pasos, esperamos que las medidas tendientes a lograr el recupero de activos sean prácticas comunes o estandarizadas en los organismos encargados de la investigación y enjuiciamiento de los casos de corrupción.

En ese contexto, y como anteriormente mencionamos poseemos un firme convencimiento de que el recupero de los activos ilícitamente obtenidos constituye uno de los elementos esenciales en la eliminación de la impunidad en los casos de corrupción.

Esta reforma también se propone como una acción dirigida a la prevención, dado a que se intenta mostrar señales concretas para desalentar, tanto a los funcionarios públicos, como al sector privado⁷ de su participación en eventuales negociados corruptos. Lo que se pretende es aumentar los costos de delinquir mediante la reducción o anulación del potencial beneficio que derivaría de la comisión de un delito. Bajo esta idea creemos que, a la hora de calcular sus costos y beneficios, aparte del riesgo concreto de ser sometido a un extenso proceso penal, un sujeto también deberá advertir que podrá enfrentarse a acciones dirigidas directamente contra su patrimonio y contra los bienes o ganancias que estimativamente podría obtener con su intervención en un negocio de estas características⁸. En esas condiciones, esos riesgos seguramente funcionarán como un fuerte desincentivo para finalmente disuadirse de participar en dichos actos⁹.

Desde el aspecto punitivo, para lograr la pretendida erradicación de la impunidad en los casos de corrupción, creemos que

⁷ Esto es de vital importancia ya que los casos de corrupción no son casos unilaterales, sino que en los grandes negociados que se esconden tras ellos, aparecen involucrados tanto el sector público como el privado.

⁸ En el análisis económico del delito efectuado en la publicación "*Crime and Punishment: An Economic Approach*", en "*The Journal of Political Economy*" (1968), el Premio Nobel en Economía de 1992, Gary Becker, afirma que un criminal comete un crimen solamente si las ventajas previstas de su comisión exceden sus costos. El modelo de Becker parte del concepto de opción y asume que una persona comete un delito cuando la expectativa de utilidades excede las utilidades que este pudiera obtener usando otros recursos u otras actividades. Entonces, puesto que los que infringen las leyes tienden a maximizar sus utilidades, estos intentarán sus actos sólo si esa acción contribuye para la maximización del nivel de las utilidades esperadas. Becker agrega que, obviamente, la decisión de cometer un delito dependerá de la probabilidad de ser capturado y los variados costos y beneficios asociados al acto.

⁹ Para esta idea partimos de la premisa que el principal móvil que lleva a los sujetos a participar en los casos de corrupción es de contenido económico. Aunque aquí estemos haciendo generalizaciones que muchas veces no pueden comprender la totalidad de los casos, podríamos afirmar que en la mayoría de ellos, lo que sus actores buscan es, ni más ni menos, obtener extraordinarias ganancias a costas del erario público.

aunque sí es primordial, la imposición de condenas contra los autores y partícipes de los delitos no es un elemento suficiente. Más bien entendemos que, tan importante como las condenaciones, en aras de lograr aquel preciado fin, también se debe tener éxito en el recupero de los activos ilícitamente obtenidos.

Este cambio de pensamiento y de acción es capaz de generar un doble efecto. Por un lado, en una fase preventiva, creando fuertes desincentivos para el sector privado en la participación de negociados corruptos. De este modo se intenta que, a la hora de estimar los costos de involucrarse en un caso de corrupción, se tenga presente que en caso de que el mismo llegue a descubrirse y hacerse público, además de muchos otros perjuicios, los particulares, en especial las personas jurídicas, puedan verse patrimonialmente afectados desde el inicio de las investigaciones y perder todas las ganancias ilegítimas que estimaban obtener y que los llevaron a cometer el delito. En otras palabras, se busca instalar la idea de que cumplir con la ley, además de ser lo moral y éticamente correcto, también debe resultar la acción económicamente más beneficiosa.

Por el otro lado, desde la fase de acción, se pretende animar a los empresarios y a sus compañías a que sigan participando en contrataciones con el Estado. Sobre esta cuestión es llamativo ver como grandes empresas que son o han sido proveedores o contratistas del Estado y se han visto afectadas por casos de corrupción, ulteriormente se debaten entre seguir participando en negociados corruptos o directamente dejar de contratar con el Estado, desaprovechando así la oportunidad de generar u obtener buenos negocios lícitos.

Se parte aquí del principio que hacer negocios con el Estado no constituye un ilícito en sí, sino más bien lo contrario. En consecuencia, se debe promover la mayor participación privada en los asuntos con el Estado. De este modo, cuantas más empresas se presenten a competir por un negocio, habrá más controles, mayor transparencia y

mejores condiciones para las partes contratantes. En definitiva, se logrará un resultado más eficiente, alcanzándose así mayores beneficios para el conjunto de la sociedad civil. El objetivo de cada empresa es el de maximizar sus beneficios y sobre el mismo no puede formularse ningún reparo de índole legal; ello, siempre y cuando ese objetivo sea logrado a través de medios lícitos y respetando las normas de las contrataciones públicas y la competencia legal.

Concebimos que la competencia justa y transparente entre varios oferentes, junto con una correcta interacción con la autoridad contratante, constituye uno de los mecanismos más efectivos para asegurar que en el marco del “synallagma” contractual se pacten contraprestaciones más equitativas, en las que no haya un Estado débil y perjudicado y contratistas que obtienen negocios altamente redituables, gracias a la ambición desmedida de lucro de funcionarios públicos y privados. Se pretende entonces barrer con las distorsiones que la corrupción provoca en la competencia legal y en los procedimientos de contratación pública y lograr así una mayor eficacia en el cumplimiento de los fines del Estado y una sociedad más justa y equitativa.

Una y otra fase, preventiva y activa, se encuentran tan íntimamente relacionadas que resultan ser las dos caras de una misma moneda.

En otro orden de ideas, consideramos que para que este CAMBIO CULTURAL sea exitoso y para que se alcancen los logros propuestos, se requiere del compromiso firme, no sólo de esta Oficina; sino también de todos los funcionarios de la Administración Pública; de los magistrados y funcionarios del Poder Judicial de la Nación y Ministerio Público Fiscal; los legisladores de ambas cámaras del Congreso de la Nación; y de los oficiales y agentes de las fuerzas de seguridad que participan y/o colaboran con la justicia en las investigaciones por casos de corrupción, lavado de dinero y, en general, todos los delitos de contenido económico.

Pero además de todos los actores recién mencionados, consideramos que para que este cambio de visión y de esquemas de acción sea realmente efectivo, resulta ineludible involucrar a la sociedad civil, con un mayor protagonismo en la discusión acerca de la importancia del recupero de activos y una mayor participación, a través del acceso a la información, del avance de investigaciones complejas, entre otras funciones. Sobre este punto es importante señalar que el fomento de la participación ciudadana, en función de las convenciones internacionales en materia de corrupción, deviene un compromiso asumido por el propio Estado¹⁰.

¹⁰ En ese sentido, en el preámbulo de la CICC los Estados parte destacaron la importancia de generar conciencia entre la población de los países de la región sobre la existencia y gravedad del problema de la corrupción, así como la necesidad de fortalecer la participación de la sociedad civil en la prevención y lucha contra la corrupción. Asimismo, en el Art. 3º, inc. 11, de la CICC, los Estados parte se comprometieron a considerar de aplicabilidad medidas destinadas a crear, mantener y fortalecer, entre otros, mecanismos para estimular la participación de la sociedad civil y de las organizaciones no gubernamentales en los esfuerzos destinados a prevenir la corrupción. También, a través del Art. 14º, inc. 2, los Estados parte se comprometieron a otorgar especial atención a las formas y métodos de participación ciudadana en la lucha contra la corrupción, con el propósito de prevenir, detectar, investigar y sancionar los actos de corrupción. Por su parte, la CNUCC, en su preámbulo establece que los Estados parte tienen presente que la prevención y la erradicación de la corrupción son responsabilidad de todos los Estados y que éstos deben cooperar entre sí, con el apoyo y la participación de personas y grupos que no pertenecen al sector público, como la sociedad civil, las organizaciones no gubernamentales y las organizaciones de base comunitaria, para que sus esfuerzos en este ámbito sean eficaces. Asimismo, como medida preventiva, los Estados firmantes, en el Art. 5º, inc. 1, se comprometieron a formular y aplicar o mantener en vigor políticas coordinadas y eficaces contra la corrupción que promuevan la participación de la sociedad y reflejen los principios del imperio de la ley, la debida gestión de los asuntos públicos y los bienes públicos, la integridad, la transparencia y la obligación de rendir cuentas. Finalmente, el artículo 13, inciso 1, se establece que cada Estado parte adoptará medidas adecuadas, dentro de los medios de que disponga y de conformidad con los principios fundamentales de su derecho interno, para fomentar la participación activa de personas y grupos que no pertenezcan al sector público, como la sociedad civil, las organizaciones no gubernamentales y las organizaciones con base en la comunidad, en la prevención y lucha contra la corrupción, y para sensibilizar a la opinión pública con respecto a la existencia, las causas y la gravedad de la corrupción, así como la amenaza que ésta representa. El mismo artículo establece que esa participación debería reforzarse en medidas como las siguientes: a) aumentar la transparencia y promover la contribución de la ciudadanía a los procesos de adopción de decisiones; b) garantizar el acceso eficaz del público a la información; y c) respetar, promover y proteger la libertad de buscar, recibir, publicar y difundir información relativa a la corrupción; ello, con el debido respeto de los derechos o la reputación de los terceros y la salvaguarda de la seguridad nacional, el orden público, o la salud o la moral pública.

3.- SITUACIÓN DEL RECUPERO DE ACTIVOS A NIVEL MUNDIAL

En la última década la cuestión relativa al recupero de activos ha tomado una especial trascendencia a nivel mundial, llegando a convertirse en uno de los ejes cruciales en la lucha contra la corrupción.

Esa relevancia ha quedado plasmada en la CNUCC, suscripta en Mérida, México, en diciembre de 2003¹¹. Allí los Estados Parte decidieron poner un especial énfasis en el tema del recupero de activos. Al respecto puede señalarse que, por ejemplo en su preámbulo, entre otros puntos, se destacó la decisión de los Estados Parte en *“prevenir, detectar y disuadir con mayor eficacia las transferencias internacionales de activos adquiridos ilícitamente y a fortalecer la cooperación internacional para la recuperación de activos”*; o también que su artículo 1, inc. b) establece como finalidad de la Convención el *“promover, facilitar y apoyar la cooperación internacional y la asistencia técnica en la prevención y la lucha contra la corrupción, incluida la recuperación de activos”*.

También debe indicarse que la Convención dedica todo su Capítulo V a la Recuperación de activos, que su artículo 51 establece que *“la restitución de activos con arreglo al presente capítulo es un principio fundamental de la presente Convención y los Estados Parte se prestarán la más amplia cooperación y asistencia entre sí a ese respecto.”* También el artículo 54.1, inciso c) insta a los Estados Parte a considerar la *“posibilidad de adoptar las medidas que sean necesarias para permitir el decomiso de esos bienes (refiriéndose a los adquiridos mediante la*

¹¹ La CNUCC entró en vigor luego de los noventa días de depositado el trigésimo instrumento de ratificación, esto fue el 14/12/2005.

comisión de un delito tipificado con arreglo a la Convención) sin que medie condena, en casos en que el delincuente no pueda ser enjuiciado por motivos de fallecimiento, fuga o ausencia, o en otros casos apropiados”.

Es dable remitirse en este punto a la publicación, sobre la CNUCC, efectuada por esta Oficina¹². En ella se refirió que *“desde el principio de la negociación de su texto se observó la necesidad de incorporar a las tareas de cooperación y asistencia internacional el tema de la recuperación de fondos y bienes fugados generados en corrupción. Es una realidad incontrastable que los corruptos suelen enviar el producto de sus actividades delictivas fuera de las fronteras de sus propios países, pretendiendo con eso evitar la acción de la justicia. Así es que las intrincadas redes financieras internacionales, imprescindibles para hacer posible el normal desarrollo de los negocios en el mundo moderno, han servido de apoyo para que otras redes, las de la corrupción, utilicen los recursos del sistema financiero para favorecer sus intereses espurios. Se vio entonces esta gran oportunidad para llegar a acuerdos sobre el tratamiento que debía brindarse a esos fondos, con el fin de establecer un régimen equitativo para los diferentes actores involucrados y generar los mecanismos para hacer más difícil el accionar corrupto”.*

Más adelante, en la Primera Conferencia de los Estados Parte de la CNUCC, celebrada entre los días 10 a 14 de diciembre de 2006, en Jordania, se decidió que la recuperación de activos iba a constituir una de las prioridades de la labor de dicha conferencia y allí se creó el denominado “Grupo de Trabajo Intergubernamental”, de composición abierta, sobre la recuperación de activos. Este Grupo celebró sus primeras reuniones en la ciudad de Viena, Austria, en el mes de agosto de 2007, en donde se formularon varias recomendaciones.

¹² Oficina Anticorrupción, “Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción – Nuevos paradigmas para la prevención y combate de la corrupción en el escenario global”, 2ª edición actualizada, Agosto 2007, pág. 15. La versión digital de esta publicación se puede obtener el sitio de la OA: <http://www.anticorrupcion.gov.ar/documentos/Libro%20CNUCC%202ed.pdf>.

Por último, entre el 28 de enero y el 1° de febrero de 2008, en Indonesia, se celebró el segundo período de sesiones de la Conferencia de Estados Parte, en donde se decidió que el Grupo de Trabajo continuara con su labor, con miras a determinar medios y arbitrios para traducir esas recomendaciones, en materia de recupero, en acciones concretas.

Recientemente, durante los días 11, 12 y 13 de agosto de 2009, se ha desarrollado en Buenos Aires, la “Conferencia Regional de Recuperación de Activos en América Latina y el Caribe”, organizada por la Cancillería Argentina, junto con la OA; la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC); y el Banco Mundial, a través de su Iniciativa StAR¹³ (por las siglas de la conjunción en inglés Stolen Assets Recovery).

Los objetivos principales de dicha Conferencia consistieron en compartir las experiencias en materia de recupero de activos y canales de cooperación internacional entre los distintos países de la región, la difusión de los trabajos realizados por los profesionales que participan de la Iniciativa StAR y la propagación e impulso de modelos de decomisos civiles o procedimientos de extinción de dominio.

Durante la mencionada reunión se resaltó que la recuperación de activos debe ser considerada, cada vez más, no sólo como un medio para hacer retornar fondos a los países de origen, sino también como la manera de terminar con la impunidad, de disuadir prácticas corruptas y de contribuir a una cultura de integridad.

¹³ La iniciativa StAR fue puesta en marcha en septiembre de 2007, conjuntamente por el Grupo del Banco Mundial y la UNODC. Su finalidad es promover y facilitar la restitución sistemática y oportuna de activos que sean producto de la corrupción y mejorar los resultados logrados a nivel mundial en cuanto a la devolución de activos robados, con objeto de llegar en último término a una situación en que no haya refugios seguros para ocultarlos. Más información sobre esta iniciativa puede ser consultada en el sitio <http://web.worldbank.org/WBSITE/EXTERNAL/NEWS/0,,contentMDK:21475688~pagePK:34370~piPK:34424~theSitePK:4607,00.html>.

Finalmente debemos destacar la realización de la Tercera Conferencia de los Estados Parte de la CNUCC, celebrada entre los días 9 al 13 de noviembre de 2009, en la ciudad de Doha, capital de Qatar. En esa reunión, ante los representantes de todas las delegaciones allí presentes, el Sr. Fiscal de Control Administrativo de la OA, Dr. Julio F. Vitobello, se refirió a los tres temas centrales de esa conferencia: la adopción de un mecanismo de seguimiento; el recupero de activos y la asistencia técnica necesaria para aplicar la Convención.

Respecto del recupero de activos, el Dr. Vitobello acentuó el cambio de paradigma que la OA viene impulsando a los fines de avanzar en los términos que la Convención sostiene. Señaló que la OA está procurando que además de la difícil tarea de investigar los hechos de corrupción, los operadores jurídicos que actúen en el marco de las investigaciones de corrupción presten una especial atención a la cuestión del RECUPERO DE ACTIVOS.

Ante los representantes de las naciones firmantes de la Convención, el Dr. Vitobello dijo que es bien sabido que los ciudadanos de todos los países exigen no solo que los culpables vayan a la cárcel, sino que nadie pueda aprovecharse de un ilícito y más aún, que el producto de esa ilegalidad sea socialmente aprovechable. En ese sentido afirmó que la OA ya ha comenzado con esa tarea.

4.- RECEPCIÓN DEL RECUPERO DE ACTIVOS EN LA PRÁCTICA ARGENTINA

En este punto, creemos que es importante, realizar previamente una suerte de diagnóstico respecto de la situación actual que atraviesa tanto el derecho penal, como los distintos órganos del Poder Judicial de la Nación, Ministerio Público Fiscal y otros organismos involucrados, en donde las acciones de recupero deben discutirse y llevarse a la práctica.

En la Argentina la dogmática tradicional en materia penal y la práctica de la mayoría de los agentes que operan en la lucha contra la corrupción, principalmente concentran su atención y sus esfuerzos en la investigación de los hechos que configuran esos delitos y, en igual medida, en la atribución de las responsabilidades que les corresponden a los funcionarios públicos y particulares implicados en aquellos actos. Este enfoque hace que en los usos forenses se posterguen asuntos esenciales, como son el recupero de los activos derivados de aquellos delitos o la reparación de los daños ilícitamente ocasionados.

En nuestro país el derecho penal ha sido concebido tradicionalmente como un ámbito en el que sólo pueden juzgarse conductas humanas excluyéndose la responsabilidad penal de las personas jurídicas; ello, de acuerdo con el principio *“societas delinquere non potest”*¹⁴.

En esta visión dogmática jurídico-penal los principios de materialidad de la acción y de culpabilidad se erigen en límites

¹⁴ De manera excepcional algunos regímenes especiales prevén ciertos tipos de responsabilidad de las personas jurídicas con sanciones de contenido económico contra las mismas.

infranqueables que impiden dotar de capacidad delictiva a las personas de existencia ideal, sin que ello implique negar la posibilidad de que *“sean sometidas a sanciones jurídicas que comporten el ejercicio de poder coactivo reparador o administrativo”*¹⁵.

En consecuencia, bajo esa visión clásica, el poder penal se encuentra restringido frente a otros modos de atribución de responsabilidades (como ser responsabilidades de tipo objetivas o las derivadas de la falta del debido control) y muchas veces, en la tramitación de causas penales, se dejan de lado cuestiones tan importantes como la reparación del daño sufrido por las víctimas o la neutralización de los beneficios generados a raíz de un actuar delictivo.

En esa misma línea de pensamiento, Diego Freedman sostuvo que *“Más allá de algunos casos aislados, el decomiso del producto del delito no parece haber producido aún un cambio en la forma de procesar las investigaciones penales, en el sentido de que continúan orientadas exclusivamente a la condena y no complementan este objetivo con el decomiso de las ganancias ilícitas”*¹⁶.

Hoy en día encontramos que el Poder Judicial de la Nación, especialmente la Justicia Nacional en lo Criminal y Correccional Federal, en donde tramitan las causas por hechos de corrupción¹⁷, ocurridos en el ámbito de la Administración Pública Nacional centralizada y descentralizada, empresas, sociedades y todo otro ente público o privado con participación del Estado o que tenga como principal fuente de recursos el aporte estatal, se encuentra transitando, desde su faz operativa, una compleja situación. Este Poder atraviesa una crisis estructural en donde sus juzgados, tribunales y cámaras se encuentran abarrotados de casos

¹⁵ Cfr. C.S.J.N. F. 572. XL. “Fly Machine S.R.L. s/ recurso extraordinario”. Disidencia del Señor Ministro Doctor Don E. Raul Zaffaroni.

¹⁶ Cfr. Guillermo Jorge, “Recuperación de activos de la corrupción”, Editores del Puerto S.R.L., 2008, pág.321.

¹⁷ Cuando nos referimos en forma genérica a hechos de corrupción, nos remitimos a todas las figuras típicas que el Código Penal prevé para los delitos cometidos en perjuicio de la Administración Pública.

complejos. Ese contexto general podría ser explicado por múltiples razones que escapan al cometido de este análisis. Sin embargo, entre algunas de esas causas podrían mencionarse la desmedida expansión del poder punitivo o de una excesiva litigiosidad en materia penal que conlleva un notable aumento de la cantidad de expedientes que tramitan ante los órganos judiciales¹⁸. A su vez ese mayor número de asuntos cuenta con actuaciones cada vez más voluminosas y en ellos se investigan maniobras cada vez más intrincadas. En cuanto a esa complejidad se observa que los casos de corrupción no son cuestiones simples de abordar. Por lo general, ellos se esconden detrás de engorrosas maniobras que, a través de ardidés que aparentan ser legales, evaden un ámbito de derecho administrativo que resulta muchas veces un conjunto enmarañado de normas. Muchas veces estas condiciones hacen que la dificultad probatoria sea la regla en este tipo de casos.

Comúnmente, como consecuencia de las complicaciones y dificultades recién indicadas, en las causas de contenido económico, entre las que pueden incluirse las causas de corrupción, se suele presentar una orfandad en la afectación patrimonial concreta de los bienes de los sujetos involucrados. Esa circunstancia hace que la recuperación del patrimonio a favor del Estado afectado por los hechos investigados sea un objetivo lejano o difuso. Esta carencia es un déficit corriente, tanto en la implementación de políticas públicas de recupero de activos por parte de los poderes ejecutivo y legislativo, como en la estrategia que comúnmente es implementada en las investigaciones, por parte de los distintos órganos del poder judicial.

Pero además de la escasez de investigaciones de contenido patrimonial, que reconocemos en algunos casos puede resultar una tarea engorrosa, suele advertirse que, en casos donde hubo algunas

¹⁸ En los últimos tiempos se ha escuchado a distintos actores del ámbito del derecho penal local y foráneo referirse a una tendencia excesiva o desmedida hacia la “judicialización” de la política, en el sentido de que, tanto los sectores opositores como los oficialistas de un gobierno, buscan dirimir en la justicia penal las diferencias suscitadas en torno a las decisiones o acciones políticas. Esta opinión ha sido expuesta incluso por algunos de los Ministros de la CSJN.

medidas cautelares decretadas, las mismas terminan resultando caducas por el vencimiento de los plazos de las anotaciones registrales de los bienes afectados¹⁹.

Como resultado, actualmente estamos viendo que en el contexto descrito en los párrafos precedentes, la respuesta ante el reclamo de justicia, emanado de los propios tribunales, fiscalías, organismos estatales y, fundamentalmente, desde la sociedad civil, principal damnificada por los actos de corrupción sea, cuanto menos, tardía. Como consecuencia de ello, se ha forjado en la opinión pública una sensación generalizada de que este tipo de delitos quedan siempre sin sanciones ni castigos.

Sin embargo, en los últimos tiempos se viene dando una serie de cambios que generan cierta expectativa y hacen pensar en un esperanzador avance hacia prácticas más comunes de recupero de activos y en el destierro de aquella creencia negativa de que el derecho penal no debe encargarse de las cuestiones patrimoniales. Entre los signos positivos que revelan el cambio que ya está en marcha debemos señalar:

- 1) La sentencia dictada por el Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 4, de la ciudad de Buenos Aires, el 21 de mayo de 2004, en la causa N° 648, caratulada “ALSOGARAY, María Julia s/ enriquecimiento ilícito”, en la que se condenó a una importante ex funcionaria pública por ese delito, ocurrido durante su gestión gubernamental, y se dispuso el decomiso de los efectos provenientes del delito por el cual se la consideró responsable, logrando recuperarse recientemente, luego de varias instancias recursivas, la suma de \$3.680.000.

¹⁹ Las cautelares como embargos y/o inhibiciones recién se hacen efectivas a partir de la fecha en que los Registros Públicos toman razón y anotan la medida decretada; medida que obstruye la incorporación o enajenación de bienes de un patrimonio. Sin embargo, las anotaciones en los respectivos registros, en caso de no decretarse sus prórrogas o reinscripciones caducan –según Art. 37, inc. b), de la Ley 17.801- de pleno derecho luego de transcurridos cinco años a partir de la fecha de inscripción.

- 2) La resolución dictada el 8 de mayo de 2009, por el juez que entiende en la causa N° 18.579/06, caratulada “SKANSKA S.A. s/ defraudación contra la administración pública y otros”, en la que, ante el pedido formulado por la OA y al cual adhirió el fiscal interviniente, se dispuso un embargo preventivo contra esa sociedad, por la suma de \$17.323.926,46, a efectos de resguardar el monto de un eventual decomiso, en los términos del art. 23 del CP, por entender que dicha empresa resultó ser la beneficiaria de los delitos cometidos por sus representantes²⁰.

- 3) Las instrucciones dadas a todos los fiscales por el titular de la Procuración General de la Nación, Dr. Esteban Righi, a través de las Resoluciones N° 129/2009, del 6 de octubre de 2009 y N° 134/2009, del 13 de octubre del mismo año. En ellas, a efectos de lograr el recupero de activos, se instruyó a los señores fiscales para que, una vez acreditados mínimamente los requisitos de procedencia de la medida cautelar, tengan o no delegada la instrucción en los términos del artículo 196 del Código Procesal Penal, requieran al juez interviniente el embargo preventivo de los bienes que correspondan (Res. 129/09); y que, en el marco de las investigaciones que se lleven a cabo por hechos de corrupción, narcotráfico, lavado de dinero, trata de personas, evasión tributaria, contrabando y demás delitos relacionados con la criminalidad económica, los Sres. Fiscales realicen -en forma simultánea a las medidas destinadas a lograr el esclarecimiento del hecho ilícito-, la investigación patrimonial de cada una de las personas involucradas (Res. 134).

- 4) El acta de acuerdo de juicio abreviado, celebrado en la causa N° 509/05, caratulada “DADONE, Aldo y otros s/ defraudación contra la administración pública”, causa conocida como “IBM-

²⁰ Ver Resolución y presentaciones adjuntas en el Anexo Documental.

BNA”, en la que se investigaron las irregularidades ocurridas en el contrato celebrado en 1994 entre el Banco de la Nación Argentina y la empresa IBM Argentina S.A. En ese acuerdo además del pedido de condenas a siete de los autores y partícipes del delito, se expresó que los involucrados reconocieron el origen ilícito del dinero y consintieron su decomiso por el Estado Nacional. Según se sostuvo en la Procuración General de la Nación, *“este acuerdo permitió que el Estado llegue a recuperar la suma de \$18.286.683, provenientes del pago de sobornos a funcionarios del banco estatal”*.

- 5) En la causa N° 1313, caratulada “COSSIO, Ricardo Juan Alfredo y otros s/ administración fraudulenta en perjuicio de la Administración Pública” (causa conocida como “IBM-DGI”), la OA solicitó recientemente un embargo preventivo contra la empresa IBM Argentina S.A., por un monto cercano a los 82 millones de pesos²¹. El pedido se dirigió a garantizar un eventual decomiso dispuesto en función del Art. 23 del CP y se dirigió contra la empresa por considerarse que la misma resultó ser, gracias al accionar de sus dependientes, la beneficiaria del producto del delito, obteniendo ganancias exorbitantes muy superiores a las utilidades habituales y normales para los negocios investigados. Si bien este pedido aún no fue resuelto, cuenta con un dictamen favorable de la Fiscalía General a cargo de la causa²².

²¹ Ver presentación adjunta en el Anexo Documental.

²² Ese dictamen puede ser consultado del sitio web del Ministerio Público Fiscal en http://www.mpf.gov.ar/Dcap/documentos/vista_IBM-DGI-DECOMISO-19-11.pdf

5.- MECANISMOS O ACCIONES DIRIGIDAS A INTENTAR EL RECUPERO DE ACTIVOS

Si bien en esta publicación nos hemos centrado principalmente en la figura del decomiso de los activos o bienes que resulten ser el producto o provecho de un delito, el decomiso no es la única acción posible para encarar una restitución de bienes como consecuencia de un hecho ilícito.

De ese modo, cuando en términos generales se habla de mecanismos de recupero de activos, tras dicha idea, en realidad se encuentra un catálogo de posibilidades distintas. Entre esas opciones o estrategias podemos enumerar las siguientes acciones:

- a) Encarar una acción civil de carácter resarcitorio, cuyo principal objetivo será la reparación de un daño ilegítimamente causado a través de la comisión de un delito;
- b) La profundización de la investigación patrimonial de los sujetos que se encuentran imputados en una causa criminal, y la adopción durante la instrucción de medidas concretas y efectivas tendientes a inmovilizar sus patrimonios; ello, con el fin de asegurar su sujeción al proceso y, eventualmente, garantizar el pago de multas, costas y reparaciones; e
- c) Intentar acciones de contenido económico dirigidas a asegurar el decomiso de los bienes que resulten ser las ganancias o el provecho de un delito, tanto contra los sujetos imputados, como contra aquellas personas, físicas o jurídicas,

que, aún sin estar sometidas a proceso, se hayan visto beneficiadas con aquel provecho.

Como más adelante se verá creemos que estas tres acciones arriba enunciadas son independientes una de la otra y que la adopción o el intento de una, no excluye la posibilidad de encarar las otras vías en forma paralela.

A) Acciones civiles de carácter resarcitorio –daños y perjuicios-

Respecto de la primera de las acciones mencionadas, en su sitio de internet la OA ha publicado un trabajo de consultoría realizado para este organismo por el Dr. Diego Freedman²³. En ese estudio, de manera pormenorizada, se han analizado todos los presupuestos de la responsabilidad civil derivada de un delito, los tipos de responsabilidad que habilitan la instancia del reclamo y las distintas vías a través de las cuales esta acción puede ser canalizada, por lo cual, para no reiterar los conceptos que extensamente fueron abordados en dicha oportunidad, aquí sólo nos remitiremos a los conceptos esgrimidos en ese trabajo.

Sin embargo, sobre este mecanismo de recupero y, en especial, sobre la legitimación que la OA tiene para intentar este tipo de acciones, en esta ocasión podemos agregar que, ante un pedido del entonces Sr. Fiscal de Control Administrativo, Dr. José Massoni, la Procuración del Tesoro de la Nación (PTN) se abocó al estudio de la facultad de la OA para ejercer la representación judicial del Estado en acciones civiles de carácter resarcitorio.

Pese a que el Art. 11, inc. c, del Decreto PEN N° 102/99, establece que una de las funciones de la Dirección de Investigaciones de la

²³ Ver trabajo en:

<http://www.anticorruptcion.gov.ar/documentos/Reg.%20del%20Dec.Derecho%20Comp.PDF>.

OA es la de instar la promoción de sumarios administrativos o acciones judiciales civiles o penales, o cualquier otra medida que se considere adecuada para el caso y realizar su seguimiento, en el caso de la PTN arriba indicado²⁴, la Dirección General de Asuntos Jurídicos del Ministerio de Justicia, en calidad de órgano integrante del Cuerpo de Abogados del Estado, sostuvo que *“con el régimen general en materia de representación del Estado en juicio (vertebrado fundamentalmente a base del artículo 66 de la Ley N° 24.946) coexiste un régimen especial que atribuye a la OFICINA ANTICORRUPCIÓN –a través de la Dirección de Investigaciones- facultades suficientes para intervenir como parte querellante en los procesos en los que se encuentre afectado el patrimonio estatal; ello, siempre que el titular de la Oficina estime pertinente la asunción de dicho rol”*. Pero, aunque se reconoció la facultad de la OA de ser querellante, en esa ocasión se descartó la posibilidad de que la OA intente ejercer la titularidad de la acción civil, incluso dentro del proceso penal en los términos del Art. 15 del Código Procesal Penal de la Nación (CPPN) -Ver Dictamen N° 2712/2000, de la Dirección de Asuntos Jurídicos, de fecha 4 de agosto de 2000, en la Carpeta N° 634 –Oficina Anticorrupción-.

El citado criterio emitido por la Dirección de Asuntos Jurídicos, fue luego compartido por el Sr. Procurador del Tesoro de la Nación, Dr. Ernesto Alberto Marcer, en su Dictamen de fecha 12 de septiembre de 2000²⁵.

En esas actuaciones, la PTN convalidó la posibilidad de que la OA intervenga en los procesos penales bajo el rol de parte querellante, por entender que en materia de la intervención de la OA para querellar rige un régimen especial distinto al de representación del Estado en juicio y, en consecuencia, que ese rol es perfectamente válido. Pero sin embargo, determinó que las acciones civiles de índole resarcitorias debían ser impulsadas por los Servicios Jurídicos que según el organismo afectado

²⁴ Carpeta PTN N° 634 –Oficina Anticorrupción-.

²⁵ Dictámenes PTN Tomo 234, Página 486.

correspondan; ello, sin perjuicio de que las mismas puedan ser instadas por la OA²⁶.

Por último, nos resta señalar que las acciones civiles de carácter resarcitorias que se han iniciado a través de las instancias administrativas y/o civiles, en la mayoría de los casos han quedado truncadas. El motivo que ha llevado a este tipo de acciones a una situación de atascamiento es que, en muchos casos los jueces que entienden en aquellas instancias, han advertido y declarado una cuestión prejudicial o una situación de litispendencia que dificulta o imposibilita la continuación del trámite del reclamo civil. En otras palabras, las acciones civiles tendientes a la reparación daños causados por la comisión de un delito, generalmente quedan supeditadas a que en sede penal se alcance un pronunciamiento definitivo sobre la existencia o no del delito y sobre la participación de los presuntos responsables en su comisión.

B) Problemas en la investigación patrimonial de los imputados y la detección de sus activos

I) Barreras para la detección y rastreo de bienes.

Como se describió al comienzo de este capítulo, una de las principales vías para lograr una efectiva recuperación de activos en causas penales es la profundización de las investigaciones patrimoniales respecto de las personas sometidas a proceso, ya sea en calidad de autores o partícipes y la consecuente adopción, durante el trámites de la instrucción, de medidas concretas y efectivas tendientes a inmovilizar sus

²⁶ En síntesis, se entendió que el verbo instar, al que se hace referencia en el Art. 11, inc. c, del Decreto 102/99, para el caso de la OA se agotaría con la noticia que la OA diera a los órganos del Cuerpo de Abogados del Estado que correspondan, respecto de la posibilidad de iniciar una acción civil.

patrimonios. Ello, como antes se adelantó, con el fin de asegurar la sujeción al proceso de los imputados y, eventualmente, de garantizar el pago de multas, costas, reparaciones civiles y/o decomisos.

Una de las principales barreras que dificultan la efectiva detección de activos en cabeza de los sujetos implicados en casos de corrupción es el tiempo. Sobre este problema comúnmente se observa que, desde la comisión del delito, al inicio de una investigación formal y desde ese inicio, hasta las primeras citaciones a prestar declaración indagatoria o hasta el dictado de autos de mérito, suelen transcurrir varios meses e incluso, en muchas casos, años.

Sobre este problema, entre las conclusiones de la Conferencia Regional de Recuperación de Activos en América Latina y el Caribe, mencionada en el capítulo 2, se ha destacado que el tiempo es considerado uno de los factores esenciales en los casos de recuperación de activos. En ese sentido, ya que alcanzar un juicio final podría demandar un tiempo significativo, se ha recomendado como medida de suprema importancia, la adopción de decisiones rápidas sobre el congelamiento de activos. Asimismo, en dicha ocasión se sugirió como buena práctica por parte de los Estados que las investigaciones financieras se inicien en paralelo a la investigación de la conducta criminal.

Justamente en esa dirección se ha dictado la Resolución de la Procuración General de la Nación N° 134/2009, del 13 de octubre de 2009, en donde se ha instruido a todos los fiscales para que, en el marco de las investigaciones por hechos de corrupción, narcotráfico, lavado de dinero, trata de personas, evasión tributaria, contrabando y demás delitos relacionados con la criminalidad económica, en forma simultánea a las medidas destinadas a lograr el esclarecimiento del hecho ilícito, se realicen las investigaciones patrimoniales de cada una de las personas involucradas

Como ejemplo de ese obrar anticipado, es dable señalar que en la referida causa “Skanska”, el entonces juez federal, Dr. Guillermo

Montenegro, en la primera oportunidad de convocar a los sujetos imputados a la investigación –citación a prestar declaración indagatoria– dispuso los embargos preventivos de los sujetos prevenidos. Medida que permitió congelar cautelarmente varios bienes de gran valor y lograr el secuestro de importantes sumas dinerarias.

En lo que hace a la cuestión específica de la prolongación de las investigaciones, el Dr. Guillermo Jorge realizó para la OA un estudio de campo respecto de un muestreo de 45 causas instruidas por hechos de corrupción ante el fuero criminal y correccional federal de la Capital Federal²⁷. Los datos obtenidos en dicho estudio arrojaron que el lapso promedio entre el hecho de corrupción y la denuncia es de 38 meses. Luego que, entre la denuncia y el llamado a indagatorias, en promedio transcurren otros 28 meses. Y, finalmente, que el tiempo de duración promedio que las instrucciones en los casos de corrupción demanda, es de 66 meses.

Para ilustrar la excesiva dilación de algunos procesos penales, a modo de ejemplo, se puede indicar que en la referida causa “IBM-BNA” se llegó a un acuerdo de juicio abreviado luego de transcurridos más de 15 años desde que ocurrieron los hechos que ahora fueron reconocidos por sus autores; o que en la causa conocida como “Hidrovia S.A.”²⁸, en la que se investigan irregularidades cometidas en una licitación pública ocurrida en el año 1994 y su posterior renegociación del año 1997, aún se encuentra en la etapa instructoria.

El transcurso de los lapsos indicados, en su conjunto beneficia a los sujetos involucrados en casos de corrupción quienes, gracias a las facilidades dadas pueden, a través de operaciones financieras complejas, transferencias simuladas o utilización de personas interpuestas,

²⁷ Dicho trabajo se realizó mediante un contrato de obra financiado con una donación efectuada a favor de la OA por el Banco Mundial.

²⁸ Causa N° 13.233, caratulada “CONEJERO, Rafael Eduardo y otros s/ defraudación contra la administración pública”, del registro del Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal N° 6, Secretaría N° 11.

sustraer ficticiamente de sus patrimonios los fondos y activos físicos de que dispongan. De este modo la tarea de rastrear, detectar bienes y/o establecer una ruta del dinero en los casos de múltiples transferencias puede resultar una tarea ardua y, en muchos casos, infructuosa; ello, máxime cuando para aquellos fines se recurre a las plazas financieras *off-shore*, o a la utilización de corresponsalías bancarias y cuentas concentradoras, que tornan mucho más difícil la tarea de rastreo.

En las condiciones mencionadas anteriormente, los jueces y los fiscales comúnmente suelen encontrarse con imputados que, a pesar de haber ocupado altos cargos públicos o haberse desempeñado como importantes empresarios o ejecutivos privados, desde el aspecto formal, no registran ninguna clase de bienes en sus patrimonios contra los que puedan dirigirse acciones de recupero de activos.

En de las reuniones de trabajo mantenidas en el marco del proyecto “Hacia una política de recuperación de activos de la corrupción en Argentina”, organizadas por la Universidad de San Andrés, con la dirección del profesor Guillermo Jorge, se ha destacado la importancia en que, desde el inicio de las investigaciones penales, se contemple el tema de los activos que deberían ser rastreados y controlados con el fin de recuperarlos en el futuro. En ese contexto, el Dr. Jorge explicó que generalmente los acusados se insolventan ante la posibilidad de que se le apliquen medidas cautelares. Asimismo, señaló la necesidad de contemplar un nuevo paradigma del derecho penal y explicó que el objetivo del referido proyecto era observar cómo se relacionan las agencias en las investigaciones y qué puntos se pueden modificar para que las actividades se realicen mejor en el futuro.

Además del tiempo que insume la instrucción de un delito de corrupción y los efectos de la adopción tardía de medidas cautelares, otras barreras que dificultan la investigación de los activos de los imputados en causas penales son la dispersión de la información

registral²⁹ y societaria³⁰; la oposición del secreto bancario, fiscal y bursátil para las investigaciones preliminares que aún no tramitan ante la justicia y las ya indicadas transferencias simuladas o utilización de personas interpuestas, canalización de activos a través de plazas financieras *off-shore*, o a la utilización de corresponsalías bancarias y cuentas concentradoras.

Pasando a las medidas que pueden ser tomadas durante el proceso para evitar el vaciamiento de activos y la concreta afectación patrimonial de los imputados, el Art. 518 del CPPN establece que *“al dictar el auto de procesamiento, el juez ordenará el embargo de bienes del imputado o, en su caso, del civilmente demandado, en cantidad suficiente para garantizar la pena pecuniaria, la indemnización civil y las costas”*. Ahora bien, si tal como se mencionó en el informe del Dr. Jorge, el tiempo para llegar a un auto de mérito puede demorar unos tres o cuatro años, esta medida puede resultar inoficiosa. En ese sentido, el mismo artículo 518, en su párrafo segundo, determina que *“si el imputado o el civilmente demandado no tuvieren bienes, o lo embargado fuere insuficiente, se podrá decretar su inhibición”*. Sin embargo, a los fines de la concreta afectación de los bienes de un imputado la inhibición general de bienes resulta ser una medida insignificante.

Previendo la probable frustración de los fines arriba mencionados, en su último párrafo, el artículo citado dice que *“sin embargo, las medidas cautelares podrán dictarse antes del auto de*

²⁹ Al respecto puede mencionarse que no existe en la Argentina un registro único de propiedad inmueble, por lo que para constatar si una persona tiene registrados a su nombre casas, departamentos, fincas o estancias, es preciso pedir informes a todas las jurisdicciones donde se suponga que esa persona pueda tener asiento o actividades comerciales.

³⁰ El dictado de la Ley 26.047 (B.O. 3/10/2005) puede ser una buena herramienta para mitigar las consecuencias de la dispersión de la información societaria, ya que en ella se establecieron las disposiciones que regirán al Registro Nacional de Sociedades por Acciones, a los Registros Nacionales de Sociedades Extranjeras y de Asociaciones Civiles y Fundaciones y al Registro Nacional de Sociedades no Accionarias. Sin embargo, este régimen necesita contar con las adhesiones de los organismos provinciales que cumplen el rol de registros públicos de comercio en cada una de sus jurisdicciones.

procesamiento, cuando hubiere peligro en la demora y elementos de convicción suficientes que las justifiquen”.

Sin perjuicio de ello, esta posibilidad expresamente prevista por el ordenamiento ritual, resultaba extraña ya que inusualmente era adoptada durante el trámite de la etapa sumaria y con antelación al dictado de un auto de procesamiento. Afortunadamente, esa tradicional tendencia está siendo modificada y cada vez son más los casos en los que se divisan acciones tendientes a la inmovilización de activos adoptadas en las instancias preliminares de los procesos penales.

II) Casos en los que se superaron esas barreras.

En una serie de precedentes recientes, la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal, de la Capital Federal³¹, ha dicho que *“la ley procesal prevé la cautela real como acompañamiento del dictado del auto de procesamiento, mas admite excepcionalmente su adelantamiento “cuando hubiere peligro en la demora y elementos de convicción suficientes que la justifiquen” (cfr. Art. 518 in fine C.P.P.N.)”* Asimismo, que *“(e)n uno u en otro momento su finalidad es asegurar la responsabilidad pecuniaria ante la eventualidad de una condena, lo que supone la necesaria sospecha de participación en un hecho delictivo (Clariá Olmedo, Jorge A. “Derecho Procesal Penal”, Tomo II, Marcos Lerner Editora, Córdoba, 1984, págs. 481/482)”*.

Por último, respecto del momento en que pueden ser adoptadas esas medidas y el estado de sospecha necesario para su procedencia, en esos mismos precedentes la Cámara, con cita a otros antecedentes, entendió que *“(j)unto a la habilitación normativa, la jurisprudencia también ha autorizado el resguardo anticipado cuando*

³¹ Ver Sala I de la CNACCF, causa N° 41.348, caratulada “Tettamanti, Alejandro Rubén s/ apela embargo preventivo”, reg. N° 1048; causa N° 41.168, caratulada “Ulloa, Néstor s/ apela embargo preventivo”, reg. N° 1049 y causa N° 41.152, caratulada “Gueler, Rubén s/ apela embargo preventivo”, reg. N° 1050, entre muchos otros.

existe llamado a prestar declaración indagatoria aún cuando la situación procesal no se halle definida (c. 39.339 “Telleldín, Carlos A. y otros s/ apela embargo preventivo” –Carlos A. González, Jorge L. Rimondi y Gustavo A. Bruzzone-, rta. 20/7/06, reg. 736, entre otros)”. Y, por lo tanto, se sostuvo que, “en este sentido, es indicativo de la verosimilitud del derecho la convocatoria a prestar declaración en los términos del artículo 294 del Código Procesal Penal de la Nación”.

En síntesis, en varios casos se ha resuelto que las medidas cautelares, dispuestas luego de la convocatoria de los imputados a prestar declaración indagatoria, se encontraron justificadas por la existencia de elementos suficientes para su dictado y por la obligación del magistrado de preservar de manera eficiente la posibilidad de reparación de un daño patrimonial derivado de la actividad delictiva imputada. En ese orden de ideas se entendió que el embargo preventivo tendiente a asegurar debidamente el patrimonio de las personas contra quienes se decretó, “resulta ser la única garantía de la hipotética indemnización civil y las costas, amén del decomiso del producto o provecho del delito”³².

Ese avance fue muy positivo en el caso particular, ya que esa convocatoria resultó ser el primer acto en donde los sujetos involucrados se vieron frente a una imputación concreta y gracias a la premura de la medida se logró la efectiva afectación de numerosos bienes y el congelamiento de muchas cuentas bancarias, que quedaron afectados al avance de la investigación.

III) Decomiso en sentencia condenatoria.

En otro orden de ideas, si bien los antecedentes arriba sintetizados son significativos, pues evidencian la importancia que presenta la premura en la adopción de medidas cautelares tendientes a

³² Ver resoluciones de fecha 26/06/07 y 4/10/07, dictadas en la causa N° 18.579/06, caratulada “SKANSKA S.A. y otros s/ defraudación contra la Administración Pública”, del registro del Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal N° 7, Secretaría N° 14.

asegurar el patrimonio de los sujetos imputados durante el trámite de la instrucción de una causa judicial; por sobre todas las cosas, debe destacarse el fallo dictado por el Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 4, en la causa “ALSOGARAY”³³.

Destacamos la trascendencia de este fallo porque refleja un punto de inflexión en la aplicación de sanciones de decomiso en las sentencias por casos de corrupción y en la efectiva confiscación final de bienes en favor del Estado Nacional, gracias a la temprana adopción de medidas cautelares.

Por tal motivo, nos parece oportuno citar algunos de los párrafos de la sentencia de la Sala IV de la Cámara Nacional de Casación Penal³⁴, en la que se cumplió con la revisión de la sentencia del Tribunal Oral, confirmándola en todos sus términos.

Respecto del agravio introducido por la defensa de la funcionaria condenada, en la instancia casatoria, encaminado a que se declarara la errónea aplicación del Art. 23 del CP, en el voto mayoritario se sostuvo que *“cabe recordar que el mencionado artículo -en la redacción incorporada por la ley 23.077, vigente al momento de los hechos juzgados- establece que la condena importa la pérdida de los instrumentos del delito, los que, con los efectos provenientes de él, serán decomisados, a no ser que pertenecieren a un tercero no responsable”*.

“De manera que el decomiso es una consecuencia accesoria a una pena principal, que constituye un efecto de la sentencia condenatoria cuando se configuran aquellas condiciones legalmente previstas y que, por encontrarse dispuesta en la parte general del Código Penal, resulta aplicable a todos los delitos previstos en dicho cuerpo

³³ Sentencia dictada el 21/05/2004, en la causa N° 648, caratulada “ALSOGARAY, María Julia s/ enriquecimiento ilícito”.

³⁴ CNCP, Sala IV, Causa N° 4787, “ALSOGARAY, María Julia s/ recurso de casación e inconstitucionalidad”, reg. 6674-4; rta. El 9/06/2005.

normativo y en las leyes especiales -a menos que en éstas dispongan lo contrario- (artículo 4 del C.P.)”.

Respecto del alcance del decomiso sobre el producto del delito, según la redacción del Art. 23 del CP, anterior a la reforma introducida por la Ley 25.188, en este fallo se sostuvo que *“Los “efectos” provenientes del delito son, principalmente, los objetos que forman el delito y los que son su resultado, obtenidos o producidos mediante el injusto, sea que se encuentren en el mismo estado o en otro diferente - como valor de uso o de cambio- (cfr.: Zaffaroni, Eugenio Raúl, “Derecho Penal. Parte General.”, Ed. Ediar, Bs. As., junio de 2002, pág. 988). De manera que cierto es que la previsión legal no restringe en ese aspecto el significado de dicha expresión, encontrando sustancial fundamento también en la prevención, en orden a excluir la posibilidad de que de un delito castigado por el Estado resulte un remanente de lucro para el delincuente; es decir, que su principal sentido es el de impedir que el autor del ilícito penal pueda seguir disfrutando de lo que por él obtuvo, ya que carecería de sentido, como lo destaca el tribunal, imponer la pena y permitir que el delito siga produciendo sus efectos”.*

En lo que atañe al propósito del decomiso se sostuvo lo siguiente: *“Podríamos entonces concluir que el decomiso no sólo tiene carácter retributivo, sino también -en el sentido expuesto- preventivo”.*

“Respecto de delitos de corrupción, puede considerarse que el decomiso cumple una función reparatoria del daño social causado, por lo que resulta importante otorgarle un sentido de restauración de la justicia y restablecimiento del equilibrio perdido, destinado a recuperar para la comunidad los activos obtenidos o utilizados en la comisión de delitos socialmente dañosos.

Este sentido de “recupero” anima el artículo 29 del Código de fondo, en cuanto dispone que “La sentencia condenatoria podrá ordenar: 1. La reposición al estado anterior a la comisión del delito, en

cuanto sea posible, disponiendo a ese fin las restituciones y demás medidas necesarias”.

IV) Necesidad de contar con agencias de investigación y control especializadas.

El colectivo de los problemas indicados, hace que la creación de unidades de investigación específicamente dedicadas a este tipo de investigaciones se torne imprescindible. Estas nuevas agencias deberían contar con las funciones de profesionales o expertos de distintas especialidades y áreas que puedan cubrir aquella tarea. Por otro lado, para el caso de no poder cumplirse con la creación de nuevos organismos, resulta de vital importancia que se destinen más recursos para el fortalecimiento de las divisiones de las fuerzas policiales e investigativas que ya se encuentran colaborando con la justicia.

Asimismo, es fundamental que los jueces y los fiscales, para poder promover acciones de decomiso y llevar adelante las investigaciones patrimoniales de los imputados de las causas en que intervienen o instruyen, puedan contar de manera rápida y confiable con la información sobre los bienes muebles e inmuebles que posee una persona, los movimientos financieros que realizó, las inversiones monetarias que hizo, las compañías en las que participa o tiene acciones, etc. Para ello, la posibilidad de acceder a esa información de manera veloz, vía Internet u otro medio que las nuevas tecnologías de la información posibilite, y de poder anotar, a través de esos medios, las medidas judicialmente adoptadas en los respectivos registros, constituiría una herramienta de vital importancia para alcanzar el éxito en ese tipo de investigaciones.

V) Organismos especializados de Estados Unidos, Colombia y Brasil.

A modo de ejemplo de organismos especializados en la detección, seguimiento de bienes y en el posterior recupero de ellos pueden describirse la “Treasury Executive Office of Asset Forfeiture” (TEOAF) de los Estados Unidos de América³⁵, creada por el Departamento de Justicia y por el Fiscal General de los Estados Unidos, que han elevado a prioridad máxima las sanciones de confiscación, logrando cada año una recaudación de centenares de millones de dólares de ingresos de la confiscación³⁶. Dicha oficina depende del Departamento del Tesoro de los Estados Unidos.

Por su parte, en Colombia se creó, en el ámbito de la Fiscalía General de la Nación, la Unidad Nacional contra el Lavado de Activos y para la Extinción del Derecho de Dominio³⁷, que cuenta con la

³⁵ Recordemos que en los Estados Unidos de América existe el “Civil Forfeiture” cuyo propósito es confiscar las propiedades usadas en violación de la ley quitando los beneficios ilegalmente obtenidos. La acción del “civil forfeiture” es una acción “*in rem*”. Este tipo de acciones son dirigidas únicamente contra la propiedad y se basan en un hallazgo legal de que la propiedad sobre los bienes confiscados fue utilizada de manera ilegal. Un procedimiento “*in rem*” no es una acción contra quien infrinja una ley, sino contra la propiedad involucrada en esa infracción y es independiente de las acciones legales o de cualquier acción penal que pueda dirigirse contra el autor de un delito. Existen dos tipos de procedimientos utilizados para la confiscación civil: administrativos y judiciales. Los procedimientos administrativos son llevados a cabo por los organismos de incautación, mientras que los procedimientos judiciales se llevan a cabo en los tribunales y ante un juez. El valor y el tipo de bienes decomisados son los que determinan el procedimiento a utilizarse. En general, si la propiedad incautada es valorada en U\$S 500.000 o menos podrán utilizarse procedimientos administrativos de confiscación. Hay excepciones a esta regla, por ejemplo, los bienes raíces no pueden ser confiscados bajo los procedimientos administrativos y, por el contrario, si pueden ser confiscados por esa vía los instrumentos monetarios, incluso si el valor es superior a U\$S 500.000. Cada año aproximadamente se llevan a cabo 300 subastas públicas, a lo largo de los Estados Unidos y Puerto Rico para vender la propiedad confiscada como resultado de las violaciones de la ley federal. Los fondos derivados de las ventas de los bienes confiscados se depositan en el “Treasury Forfeiture Fund” y son destinados para las actividades de represión y para la restitución a las víctimas de fraude. Los bienes de estos fondos incluyen automóviles, aviones, barcos, bienes raíces, joyas, electrónica, prendas de vestir y equipos industriales, entre otros bienes.

³⁶ Según los últimos reportes anuales de la TEOAF, en el año 2008 se recaudaron, en concepto de confiscaciones, U\$S 386 millones, U\$S 366 en el 2007 y U\$S 257 en el 2006. Ver informes en <http://www.treas.gov/offices/enforcement/teof/annual-reports.shtml>

³⁷ En el año 2002, Colombia sancionó su Ley de Extinción de Dominio (Ley N° 739). Esta ley parte del principio que una consecuencia patrimonial de las actividades ilícitas es la pérdida del

colaboración directa de las distintas agencias policiales y de investigación locales.

Asimismo, en la República Federativa de Brasil, en el ámbito de la Secretaría Nacional de Justicia del Ministerio de Justicia, funciona el Departamento de Recuperación de Activos y Cooperación Jurídica Internacional (DRCI). El motivo de la creación de este organismo fue que uno de los principales objetivos del Gobierno brasileño en la lucha contra el crimen organizado era lograr una recuperación eficiente de activos de origen ilícito. El DRCI, a través de su coordinación general, desempeña un papel importante en la recuperación de actividad del Estado de los activos de origen ilícito³⁸.

Según las competencias establecidas por el Decreto N° 6.061, del 15 de marzo de 2007, algunas de las principales misiones de ese organismo son: 1) articular, integrar y proponer acciones del Gobierno sobre las cuestiones relativas a la lucha contra la criminalidad transnacional, el lavado dinero, la recuperación de activos y la cooperación jurídica internacional. 2) Promover la articulación de los órganos del poder ejecutivo, legislativo y judicial, incluidos los fiscales federales y estatales, con respecto a la lucha contra el blanqueo de capitales y la delincuencia organizada transnacional. 3) Ejercer la función de la autoridad central para responder a las solicitudes de cooperación jurídica internacional. 4) Promover la difusión de información sobre la recuperación de activos y

Derecho de Dominio a favor del Estado sin contraprestación ni compensación de naturaleza alguna para su titular. Entre los delitos que producen este efecto se encuentran el terrorismo, el narcotráfico, el secuestro o la corrupción. Esta acción, si bien es una acción judicial, no constituye una pena principal ni accesoria, ya que es una consecuencia patrimonial de las actividades ilícitas; es de carácter real –“*in rem*”- porque permite perseguir los bienes en manos de quienes se encuentren, sin necesidad de que el titular haya participado de la acción criminal que compromete a los bienes. Asimismo, es autónoma e independiente de la acción penal. Entre las causas para la procedencia de esta acción se encuentran: el enriquecimiento ilícito, que los bienes provengan directa o indirectamente de una actividad ilícita, que los bienes hayan sido utilizados como medio o instrumentos para la comisión delictiva, o que los bienes o recursos de que se trate provengan de la enajenación o permuta de otros que tengan su origen, directa o indirectamente, en actividades ilícitas, o que hayan sido destinados a actividades ilícitas o sean producto, efecto, instrumento u objeto del ilícito.

³⁸ Ver <http://www.mj.gov.br/drci/data/Pages/MJDD198628PTBRIE.htm>

cooperación jurídica internacional, prevención y la lucha contra el blanqueo de capitales y la delincuencia organizada transnacional en el país.

C) Acciones de decomiso

La tercer medida apuntada al inicio de este capítulo para perseguir el recupero de activos ilícitamente obtenidos son las ACCIONES DE DECOMISO y en especial aquellas dirigidas contra las cosas o ganancias que resulten ser el producto o el provecho del delito.

Según el régimen legal hoy vigente en la Argentina, el decomiso es una medida que requiere del dictado de una sentencia condenatoria. Por tal motivo cuando aquí de modo genérico se habla de acciones de decomiso, concretamente se está haciendo referencia a la posibilidad de entablar medidas cautelares tendientes a asegurar los bienes necesarios para cubrir el eventual decomiso dispuesto al dictarse una condena.

La posibilidad de decomisar las cosas o ganancias que resulten ser el producto o el provecho del delito y de dirigir esa acción contra una persona jurídica cuando el autor o los partícipes han actuado como mandatarios o como órganos, miembros o administradores de la misma, fue expresamente prevista en nuestro ordenamiento legal a partir del dictado de la Ley 25.188 del 1º de noviembre de 1999, que reformó el Art. 23 del C.P.

Si bien se habían dado algunos precedentes jurisprudenciales que avalaban la posibilidad de decomisar las cosas que resultaban ser el provecho del delito, aún bajo la vigencia de la Ley 23.077 –postura que quedó plasmada en el fallo de la Sala IV de la CNCP, en la causa “Alsogaray”³⁹-, antes del dictado de la Ley 25.188, el CP sólo

³⁹ Ver síntesis realizada en el Capítulo 5, punto B.III de este trabajo.

contemplaba la posibilidad de dirigir el decomiso contra las cosas utilizadas para cometer el delito⁴⁰, o contra las cosas que eran el objeto del delito⁴¹.

Con anterioridad a la sanción de la Ley 25.188, SOLAMENTE existía un antecedente en el ordenamiento legal que expresamente permitía la confiscación de las ganancias o bienes derivados de un delito. Ese antecedente era el Art. 25, cuarto párrafo de la Ley de Estupefacientes, Ley 23.737⁴², que *dispone que “el tribunal dispondrá las medidas procesales para asegurar las ganancias o bienes presumiblemente derivados de los hechos descritos en la presente ley”*. Asimismo, en esa norma especial se estableció una presunción en contra del origen de los bienes y se invirtió la carga de la prueba ya que se puso en cabeza del interesado la obligación de probar el origen legítimo de los bienes. En el mismo sentido, el Art. 30, *in fine*, de esa misma ley prevé que el juez deberá proceder a la *“incautación del beneficio económico obtenido por el delito”*.

Con posterioridad al año 1999, la acción de decomiso fue reforzada con la sanción de la ley 25.815, del 1° de diciembre de 2003, que claramente previó la adopción de las medidas cautelares desde el inicio de las actuaciones. Esta incorporación reforzó la interpretación de la validez de la adopción de medidas cautelares con anterioridad al dictado del auto de procesamiento, contenida en el Art. 518, *in fine*, del CPPN, en los casos en que hubiere peligro en la demora y elementos de convicción suficientes que las justifiquen.

Posteriormente mediante Ley 26.097, del 9 de junio de 2006, se incorporó a nuestro ordenamiento legal interno y con jerarquía superior a las leyes, la CNUCC, suscripta en Mérida, México, en diciembre de 2003, en la cual se erigió al recupero de activos como uno de los ejes principales para combatir la corrupción y en donde se dedicó todo un

⁴⁰ Por ejemplo, un arma de fuego, un automóvil o un avión en casos de contrabando.

⁴¹ Por ejemplo, las sustancias estupefacientes, un documento adulterado o los billetes o monedas apócrifos.

⁴² Promulgada el 10/10/1989 y publicada en el B.O. el 11/10/1989.

capítulo a las acciones de decomiso y a la cooperación que los Estados parte deben prestarse a fin de lograr la recuperación de los bienes ilícitamente obtenidos.

Si bien en investigaciones de delitos económicos o en casos de corrupción, la afectación a embargo preventivo de los bienes que resultan ser el producto o provecho de un delito, para garantizar un eventual decomiso en los términos del Art. 23 del Código Penal, no es una medida usualmente adoptada, últimamente se ha verificado una sucesión de precedentes, a través de los cuales vemos como esa situación, poco a poco, está tendiendo a modificarse.

En la Argentina, el decomiso de bienes en el proceso penal se rige por las previsiones del Art. 23 del Código Penal (CP), el que, en su extensa redacción –según Ley 25.815- establece lo siguiente:

“En todos los casos en que recayese condena por delitos previstos en este Código o en leyes penales especiales, la misma decidirá el decomiso de las cosas que han servido para cometer el hecho y de las cosas o ganancias que son el producto o el provecho del delito, en favor del Estado nacional, de las provincias o de los municipios, salvo los derechos de restitución o indemnización del damnificado y de terceros”.

“Si las cosas son peligrosas para la seguridad común, el comiso puede ordenarse aunque afecte a terceros, salvo el derecho de éstos, si fueren de buena fe, a ser indemnizados”.

“Cuando el autor o los partícipes han actuado como mandatarios de alguien o como órganos, miembros o administradores de una persona de existencia ideal, y el producto o el provecho del delito ha beneficiado al mandante o a la persona de existencia ideal, el comiso se pronunciará contra éstos”.

“Cuando con el producto o el provecho del delito se hubiese beneficiado un tercero a título gratuito, el comiso se pronunciará contra éste”.

“Si el bien decomisado tuviere valor de uso o cultural para algún establecimiento oficial o de bien público, la autoridad nacional, provincial o municipal respectiva podrá disponer su entrega a esas entidades. Si así no fuere y tuviera valor comercial, aquélla dispondrá su enajenación. Si no tuviera valor lícito alguno, se lo destruirá”.

“En el caso de condena impuesta por alguno de los delitos previstos por los artículos 142 bis o 170 de este Código, queda comprendido entre los bienes a decomisar la cosa mueble o inmueble donde se mantuviera a la víctima privada de su libertad. Los bienes decomisados con motivo de tales delitos, según los términos del presente artículo, y el producido de las multas que se impongan, serán afectados a programas de asistencia a la víctima”.

“El juez podrá adoptar desde el inicio de las actuaciones judiciales las medidas cautelares suficientes para asegurar el decomiso del o de los inmuebles, fondos de comercio, depósitos, transportes, elementos informáticos, técnicos y de comunicación, y todo otro bien o derecho patrimonial sobre los que, por tratarse de instrumentos o efectos relacionados con el o los delitos que se investigan, el decomiso presumiblemente pueda recaer”.

“El mismo alcance podrán tener las medidas cautelares destinadas a hacer cesar la comisión del delito o sus efectos, o a evitar que se consolide su provecho o a obstaculizar la impunidad de sus partícipes. En todos los casos se deberá dejar a salvo los derechos de restitución o indemnización del damnificado y de terceros.”

Para comenzar con el análisis de este mecanismo de recupero, debe remarcarse que las acciones dirigidas contra las ganancias o el provecho del delito, que aquí se analizan, pueden ser orientadas contra dos clases de sujetos distintos.

En primer lugar, corresponde dirigirlas directamente contra las PERSONAS FÍSICAS imputadas, en calidad de autores y/o partícipes, en las investigaciones criminales, o contra aquellas que se hayan visto beneficiadas a título gratuito (Art. 23, párrafos 1° y 4°, respectivamente, del CP), respecto de las cuales se reiteran todas las barreras y obstáculos desarrollados en el punto precedente.

Pero además de las personas físicas, este tipo de acciones también puede ser intentado contra las PERSONAS JURÍDICAS a través de las cuales el autor o los partícipes del delito hayan actuado como mandatarios, órganos, miembros o administradores (Art. 23, párrafo 3°, del CP).

Sin dejar de lado la primera opción sobre la cual, como anteriormente mencionamos, se debe reforzar la investigación financiera de los sujetos involucrados, creemos que las acciones dirigidas contra las personas jurídicas (empresas o grupos empresarios que intervienen en la prestación de servicios públicos, ejecutan obras públicas o son proveedoras del Estado en la provisión de bienes y servicios) estratégicamente presentan una serie de ventajas frente a las otras acciones. Ello no implica que se trate de acciones excluyentes. Por el contrario, resulta necesario que ambos cursos de acción se complementen de manera de lograr un recupero integral de activos.

Sobre las medidas dirigidas contra las personas jurídicas, observamos que las empresas son las primeras beneficiarias por los casos de corrupción. En ese sentido, en los casos donde los flujos de fondos del delito circulan desde el Estado hacia los privados, generalmente son las empresas las que primero registran en su contabilidad el ingreso del dinero

proveniente del Estado y luego, a modo de ejemplo, mediante la utilización de facturación apócrifa⁴³, sociedades cáscara o vehículos corporativos, esos fondos son distribuidos entre los ejecutivos privados y en algunos casos, parte de esos fondos retornan a los funcionarios públicos involucrados. Pero, en la mayoría de los casos, son las empresas las que, en proporción, registran las mayores ganancias generadas por los grandes negociados corruptos.

Respecto de las ventajas o facilidades de dirigir una acción contra una corporación comúnmente se observa que, al tener las empresas que contratan con el Estado una actividad comercial notoria, las barreras en cuanto a la detección y seguimiento de activos son menos rígidas. En ese sentido, por el hecho de que las mismas paguen los sueldos de sus empleados regularmente, sean contribuyentes controladas por las agencias fiscales, realicen operaciones comerciales, tengan establecimientos o sedes comerciales conocidas, sean titulares de fondos de comercio, estén registradas ante la Inspección General de Justicia, e incluso, en el caso de que sean sociedades abiertas⁴⁴, que tengan el control de la Comisión Nacional de Valores, la detección y seguimiento de sus activos presenta menores dificultades que en los casos de personas físicas.

En síntesis, según el Art. 23 del CP, para que el decomiso de las cosas o ganancias que son el producto o el provecho del delito sea viable, en principio es necesario que se cumplan estas condiciones: *a)* que el propio imputado se haya beneficiado directamente; *b)* que los imputados hayan actuado como mandatarios de alguien o como órganos, miembros o administradores de una persona de existencia ideal y ésta haya resultado beneficiada con el actuar de aquellos; o *c)* que si el delito hubiere beneficiado a un tercero, que este sea a título gratuito.

⁴³ Se suele calificar como factura apócrifa a aquel instrumento en el que formalmente se reflejan operaciones simuladas, pero que en realidad nunca se entregaron las cosas comprometidas o nunca se prestaron los servicios convenidos. A través del pago aparente de esas facturas las empresas obtienen fondos disponibles para ser aplicados a fines espurios y que cuentan con un viso de legalidad.

⁴⁴ Se entiende por sociedades abiertas aquellas cuyo capital social, total o parcialmente, está representado por acciones que se comercializan a través de la oferta pública.

Por último, respecto de estas acciones de decomiso, debe apuntarse que, si bien la Argentina adhirió a la CNUCC que reclama la implementación de acciones de decomiso sin sentencia condenatoria y, a pesar de haberse presentado ante el Congreso de la Nación un proyecto de ley para incluir al Código Penal la figura del decomiso del producto del delito previo al dictado de la sentencia⁴⁵, hoy en día en la Argentina, la acción prevista por el Artículo 23 del Código Penal, es una acción que requiere de una sentencia judicial sobre el fondo del hecho de corrupción investigado y sobre la participación de los sujetos involucrados en ese hecho.

Sobre las diferencias entre ambos procedimientos, de manera pormenorizada, muchos trabajos han descripto las virtudes y defectos de las acciones de decomiso previo sin sentencia, tales como la acción de “Extinción del Dominio” de Colombia⁴⁶, o el “Non-Conviction Based (NCB) Asset Forfeiture”, de los Estados Unidos de América⁴⁷.

Respecto de los obstáculos que hoy en día impedirían la incorporación a la legislación local de ese tipo de medidas creemos que resultaría muy propicia la discusión y confronte, en un marco de debate constructivo, para finalmente analizar el alcance y los mecanismos de la confiscación anticipada de bienes. Al respecto, recientemente se han

⁴⁵ Este proyecto fue presentado el 18/06/2008 por el Diputado Oscar Massei. En el mismo se proponía la inserción al CP del Art. 23 bis, en el cual se preveía la inclusión del decomiso sin sentencia condenatoria, para los casos en que se comprobare el origen ilícito de los bienes en los casos de delitos cometidos en perjuicio de la administración pública o en aquellos delitos vinculados a la criminalidad económica, al narcotráfico, trata de personas u otras formas de crimen organizado. El proyecto también contemplaba una presunción de ilicitud respecto del origen de los bienes cuando estos provengan del lavado de activos, o del producto, la utilización o la venta bienes de origen ilícito obtenidos por los actos enunciados en el párrafo anterior. Este proyecto, puede ser consultado en forma completa en el sitio del Congreso: <http://www1.hcdn.gov.ar/proxml/expediente.asp?fundamentos=si&numexp=3245-D-2008>.

⁴⁶ Ley N° 793 del 2002.

⁴⁷ Al respecto pueden citarse, el estudio de consultoría efectuado para la OA por Diego Freedman, ya mencionado en la cita 5; como así también la obra “Recuperación de Activos de la Corrupción”, de Guillermo Jorge, Editores del Puerto S.R.L., año 2008; o el trabajo de la referida Iniciativa StAR titulado “Stolen Asset Recovery – A GOOD PRACTICES GUIDE FOR NON-CONVICTION BASED ASSET FORFEITURE”, de Theodore S. Greenberg, Linda M. Samuel, Wingate Grant y Larissa Gray, que puede ser descargado del sitio <http://siteresources.worldbank.org/EXTSARI/Resources/NCBGuideFinalEBook.pdf>.

hecho públicas las opiniones del Sr. Jefe de Gabinete de Ministros y del Sr. Ministro de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos, quienes siguiendo las recomendaciones de la Comisión Coordinadora de Políticas Públicas en Materia de Prevención y Control del Tráfico Ilícito de Estupefacientes, la Delincuencia Organizada Transnacional y la Corrupción, propusieron generar una ley que proponga facilitar la incautación de bienes producto de delitos complejos. En el informe elaborado por esa comisión se habría destacado la necesidad de trabajar en un proyecto que tenga como objetivos permitir que los activos vinculados con la exteriorización material de un delito puedan ser incautados por la Justicia aun antes del dictado de una sentencia condenatoria; crear un instrumento eficaz para desalentar la comisión de delitos, y la unificación del registro, administración y disposición de los bienes que hubieran sido incautados. En esa dirección se destacó que la importancia del recupero de activos debe ser alentada no sólo como línea de investigación para individualizar a los autores o partícipes de un crimen, sino con miras a la recuperación de los activos procedentes del delito.

Frente a esa preocupación, tal como hemos expuesto en la introducción de este trabajo y como a continuación se desarrollará, la OA viene promoviendo acciones de recupero de activos con las herramientas que hoy se encuentran habilitadas por el Art. 23 del CP. Creemos que esos mecanismos, junto con la correcta y anticipada aplicación de medidas cautelares, que puedan asegurar el decomiso que eventualmente se decrete al dictarse la sentencia condenatoria, consiguen lograr una adecuación armónica entre el ordenamiento legal interno y el mandato dado por el artículo 54.1, inciso c), de la CNUCC, que insta a los Estados Parte a considerar la *“posibilidad de adoptar las medidas que sean necesarias para permitir el decomiso de esos bienes (refiriéndose a los adquiridos mediante la comisión de un delito tipificado con arreglo a la Convención) sin que medie condena”*.

En esa línea, como anteriormente se indicó, mediante resolución de fecha 8 de mayo de 2009, el juez federal Norberto M.

Oyarbide, quien se encuentra a cargo de la investigación de la causa conocida como “Skanska”⁴⁸ dispuso, tal como lo había solicitado la OA, el embargo preventivo contra la empresa Skanska S.A. en un monto superior a los 17 millones de pesos, e intimó a dicha firma a que dentro del término de 72 horas de a embargo esa suma; ello, bajo apercibimiento de ordenarse diligencias correspondientes a efectos de arribar a ella. La mencionada medida fue finalmente formalizada mediante la suscripción de un seguro de caución por parte de la empresa cautelada.

En su resolución el juez hizo una especial valoración de la normativa convencional que rige en la materia, en particular, del Art. 31 de la CNUCC que insta a los Estados Parte a adoptar medidas necesarias para autorizar el decomiso del producto de delitos tipificados con arreglo a esa convención y resaltó que la adopción de la medida dispuesta, ante los supuestos de hecho y derecho analizados, resultó congruente y la que mejor se adecuaba a los principios y compromisos internacionales asumidos, que deben guiar el accionar jurisdiccional y la aplicación del derecho.

⁴⁸ Causa N° 18579/06, caratulada “SKANSKA S.A. y otros s/ defraudación contra la administración pública”, del registro del Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal N° 7, Secretaría N° 13.

6.- PRINCIPIO RECTOR DEL DECOMISO DE LOS BIENES PRODUCTO DEL DELITO

Este tipo de acciones se fundan en el principio esencial que impone el deber de restituir las ganancias obtenidas de manera indebida. Por lo tanto, ellas son distintas e independientes de las acciones que, dentro o fuera del proceso penal, se orientan a obtener la reparación de un daño ilegítimamente ocasionado⁴⁹.

En ese orden de ideas vemos como las primeras – dirigidas contra los objetos- tienden a que los derechos sobre los bienes que son el producto del delito se retrotraigan, al menos respecto de su beneficiario, al estado anterior a la comisión de los hechos ilícitos. Es decir, buscan que con el delito no se obtenga un beneficio ilegítimo.

En el segundo caso, en cambio, si bien también se pretende restablecer una situación previa a la comisión de un delito, allí la atención se centrará en la víctima y en el daño, ya que la acción se dirige a la restitución de los bienes que le fueron ilegítimamente sustraídos o, en caso de que ello no sea posible, a otorgarle a la víctima una reparación suficiente que pueda compensarle el mal ilegítimamente ocasionado.

Una y otra vía son independientes y de ningún modo una puede excluir a la otra. Sin perjuicio de ello, aunque no siempre sucede, en algunos casos puede ocurrir que el perjuicio de la víctima sea idéntico al beneficio del victimario. En este tipo de situaciones ningún impedimento legal obstruye a que las dos vías prosperen de manera autónoma. Luego,

⁴⁹ Acciones que fueron tratadas en el punto 4.a) de este trabajo.

en caso de que ambos caminos lleguen al mismo resultado, es decir a la ejecución de un bien o restitución de un monto determinado, entre las dos acciones existirá una cuestión de preferencia y, por lo tanto, habrá que determinarse cuál es la que tiene preferencia o quien goza de un mejor derecho para hacerse del bien o percibir las sumas de dinero. Será el Estado, ya sea Nacional, Provincial o Municipal, a favor del cual se pronunció el decomiso o, por el contrario, la víctima afectada por la producción de un daño derivado de un delito.

Como más adelante se verá, el orden de prelación para la satisfacción del decomiso o de la reparación del daño se regirá por las previsiones del Art. 30 del CP. Aplicando esa regla se ve claramente que, antes que cualquier otro fin, el derecho de la víctima a que se le restituyan los bienes perdidos o a que se le enmiende el daño ilícitamente ocasionado es preferente a todos los demás intereses.

En otros casos, como los de corrupción, podría ocurrir que el Estado –Poder Judicial de la Nación- sea por un lado el destinatario final de los bienes confiscados y, por el otro, que el mismo Estado –a través de sus ministerios, secretarías u organismos descentralizados- sea la víctima⁵⁰ que sufra los gravámenes derivados de la corruptela.

Entender y plantear previamente las alternativas indicadas no son cuestiones meramente teóricas sino que ellas tienen importantes implicancias prácticas y en la definición de las estrategias a seguirse en cada caso concreto.

Por ejemplo, puede mencionarse que algunas de las figuras penales en las que encuadran los casos de corrupción más frecuentes no requieren como elemento típico la determinación de un

⁵⁰ Aquí se hace referencia al Estado como víctima en sentido inmediato, ya que como arriba se expuso, quien finalmente sufre y padece los daños de la corrupción de manera mediata es el conjunto de la sociedad.

perjuicio⁵¹. En ese sentido, en los procesos en los que se investiguen o juzguen hechos por negociaciones incompatibles con la función pública (Art. 265 del CP), cohecho activo o pasivo (arts. 258 y 256 del CP), tráfico de influencias (Art. 256 bis del CP), soborno transnacional (Art. 258 bis del CP), concusión (Art. 268 del CP), exacciones ilegales (Art. 266 del CP), o el enriquecimiento ilícito de funcionario público (Art. 268 -2-), no será determinante la producción de pruebas tendientes a lograr la identificación de un daño patrimonial o de contenido económico en perjuicio del Estado. Por tal motivo pueden presentarse ciertas complicaciones u obstáculos para poder sustentar una acción civil de carácter resarcitorio, sobre todo si se debe acudir a las instancias administrativas o a la justicia civil, en donde puedan plantearse excepciones de litispendencia o una cuestión prejudicial en tanto no se resuelva la causa penal.

En definitiva, que una causa penal no requiera de la ocurrencia de un perjuicio para que los hechos investigados configuren un delito (independientemente de que aquel se produzca o no), no quita que los sujetos en él involucrados u otros sujetos, si se hayan visto económicamente beneficiados. Precisamente contra ese beneficio se podrían dirigir entonces las acciones de decomiso.

Lo que se persigue entonces a través de la acción de decomiso, es recuperar los bienes que fueron el producto del delito. Ese principio elemental ya había sido incorporado por la jurisprudencia con anterioridad a la reforma del CP, dada por la Ley 25.815. En ese sentido, ya se había dicho que resultaba procedente una medida cautelar cuando merced a ella *“se procura que los efectos del delito, cuya investigación se promueve, no se consumen y es objeto de la función del Juez, al disponer la medida en cuestión, evitar el agotamiento de la actividad delictual”* (cfr. CACCF, Sala I, en autos “Glavina, Bruno s/ denegación medida cautelar”, causa N° 33.477, reg. 1062, del 6/11/2001).

⁵¹ El daño patrimonial sí constituye un elemento esencial del delito de Estafa por Administración Fraudulenta, cometido en perjuicio de la Administración Pública (Art. 174, inc. 5, del CP).

Ese principio también surgía de la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) que establece que *“los jueces tienen el deber de resguardar dentro del marco constitucional estricto la razón de justicia, que exige que el delito comprobado no rinda beneficios”* (Cfr. CSJN Fallos: 283:66; 254:320; 320:277 del 05/03/1997; 320:1038 del 19/05/1997; 320:1472 del 15/07/1997; 320:1717 del 12/08/1997; 321:2947 del 12/11/1998; 323: 929 del 04/05/2000 y 325:3118 del 26/11/2002).

En igual sentido se encuentra el fallo de la Sala IV de la Cámara Nacional de Casación Penal en la causa *“ALSOGARAY”*, en cuanto afirma que *“Los “efectos” provenientes del delito son, principalmente, los objetos que forman el delito y los que son su resultado, obtenidos o producidos mediante el injusto, sea que se encuentren en el mismo estado o en otro diferente -como valor de uso o de cambio- (cfr.: Zaffaroni, Eugenio Raúl, “Derecho Penal. Parte General.”, Ed. Ediar, Bs. As., junio de 2002, pág. 988). De manera que cierto es que la previsión legal no restringe en ese aspecto el significado de dicha expresión, encontrando sustancial fundamento también en la prevención, en orden a excluir la posibilidad de que de un delito castigado por el Estado resulte un remanente de lucro para el delincuente; es decir, que su principal sentido es el de impedir que el autor del ilícito penal pueda seguir disfrutando de lo que por él obtuvo, ya que carecería de sentido, como lo destaca el tribunal, imponer la pena y permitir que el delito siga produciendo sus efectos”*.

Si bien es cierto que en nuestro derecho, el decomiso fue tradicionalmente considerado como una pena accesoria, creemos que a partir de la sanción de la Ley N° 25.188, promulgada el 26 de octubre de 1999, esta concepción fue abandonada pues se introdujo la posibilidad de decomisar los bienes en poder de sujetos no condenados ni sometidos a proceso. Este es por ejemplo, el caso de los mandantes o personas

jurídicas que resultaron beneficiados por el delito del mandatario o de los administradores de la persona jurídica⁵².

En consecuencia, y contrariamente a lo que se ha planteado en algunos casos, este tipo de medidas no constituyen una pena⁵³, en el sentido del castigo a un sujeto condenado por la comisión de un delito. Sino que por el contrario, lo que se intenta con ellas es recuperar un bien adquirido por los mandatarios o representantes de una persona de existencia ideal. Estas acciones se erigen sobre la premisa que el derecho de propiedad sólo existe en la medida en que ella sea adquirida a través de los medios que el derecho permite. Por lo tanto, la propiedad adquirida en base a la comisión de hechos ilícitos (los propios o los de un tercero) está viciada en su origen y, en consecuencia, no puede sostenerse válidamente un derecho respecto de ésta⁵⁴.

Con este cambio de perspectiva introducido por la ley 25.188, que permitió ver al decomiso como una medida dirigida a impedir el provecho derivado de hechos ilícitos (sobre el que no existe ningún derecho de propiedad), este instituto se ha adecuado a la forma que el mismo es regulado por otros Estados⁵⁵.

⁵² Cfr. Marcelo Colombo y Agustina Stabile, “Reformas legales necesarias en materia de recuperación de activos”, La Ley 2005-D, 1400.

⁵³ Sobre este punto, en la citada causa “Skanska”, el Dr. Oyarbide destacó que: “*la adopción del criterio señalado, en nada importa atribuir responsabilidad penal a la firma Skanska S.A. en orden a los hechos que constituyen objeto de investigación, sino que pretende evitar para el supuesto de verificarse la existencia del delito, en oportunidad de dictarse una presunta condena, la consolidación de los provechos o beneficios de éste*”.

⁵⁴ Marcelo Colombo y Agustina Stabile, *Ídem*.

⁵⁵ Al respecto, los autores recién citados, señalaron que los Estados Unidos, por ejemplo, prevén además del llamado ‘decomiso criminal’, un ‘decomiso civil’ que, a diferencia del primero, puede dictarse antes de que recaiga condena criminal y puede dirigirse no sólo contra la propiedad de quien participó en el hecho ilícito sino también contra cualquier tercero que posea los bienes que constituyan el producto del delito.

7.- NORMAS INTERNACIONALES DE APLICACIÓN

Como ya se ha mencionado, no solo nuestro derecho interno justifica la adopción de este tipo de medidas, sino que también las Convenciones Internacionales en materia de corrupción lo hacen de manera explícita. Al respecto, ya citamos que en su preámbulo, entre otros puntos, la CNUCC estableció que los Estados parte están *“decididos a prevenir, detectar y disuadir con mayor eficacia las transferencias internacionales de activos adquiridos ilícitamente y a fortalecer la cooperación internacional para la recuperación de activos”*; o también que su artículo 1, inc. b) establece como finalidad de la Convención el *“promover, facilitar y apoyar la cooperación internacional y la asistencia técnica en la prevención y la lucha contra la corrupción, incluida la recuperación de activos”*.

Por su parte, la CICC también prevé mecanismos de cooperación y asistencia mutua en materia de la identificación, el rastreo, la inmovilización, la confiscación y el decomiso de bienes obtenidos o derivados de la comisión de los delitos tipificados en ese instrumento.

Por lo tanto, visto que nuestro país expresamente se ha obligado a través de dichos documentos multilaterales a *“optimizar sus herramientas para la prevención y combate de la corrupción”*, corresponde abocarse al análisis de sus términos.

En esa dirección, la CNUCC define al embargo preventivo como una *“prohibición temporal de transferir, convertir, enajenar o mover bienes, o la custodia o el control temporales de bienes por mandamiento expedido por un tribunal u otra autoridad competente”* (Art. 2, inc. f), convirtiéndose en el único modo posible para, no solo prevenir, sino

dilucidar los hechos de corrupción que por sus características son de difícil investigación.

En esa inteligencia, por intermedio del artículo 31 de la CNUCC nuestro país se comprometió con las siguientes medidas:

*Inciso 1º: “Cada Estado Parte adoptará, en el mayor grado en que lo permita su ordenamiento jurídico interno, las medidas que sean necesarias para **autorizar el decomiso: ... Del producto de delitos tipificados con arreglo a la presente Convención o de bienes cuyo valor corresponda al de dicho producto**” (apartado a).*

*Inciso 2º: “Cada Estado Parte adoptará las medidas que sean necesarias para permitir la **identificación, la localización, el embargo preventivo o la incautación** de cualquier bien a que se haga referencia en el párrafo 1 del presente artículo **con miras a su eventual decomiso**”.*

Más adelante, en función de la naturaleza del dinero – activo que comúnmente constituye el producto del delito en los casos de corrupción-, el citado artículo agrega que:

“Cuando ese producto del delito se haya transformado o convertido parcial o totalmente en otros bienes, éstos serán objeto de las medidas aplicables a dicho producto a tenor del presente artículo” (inciso 4º). Y que: “Cuando ese producto del delito se haya mezclado con bienes adquiridos de fuentes lícitas, esos bienes serán objeto de decomiso hasta el valor estimado del producto entremezclado, sin menoscabo de cualquier otra facultad de embargo preventivo o incautación” (inciso 5º).

Específicamente, respecto de la acción de decomiso, la CNUCC dedica su Capítulo V⁵⁶ enteramente a la Recuperación de activos. Allí en su artículo 51 se establece que *“la restitución de activos con arreglo al presente capítulo es un principio fundamental de la presente Convención y los Estados Parte se prestarán la más amplia cooperación y asistencia entre sí a ese respecto.”*

También debe apuntarse el artículo 54.1, inciso c) insta a los Estados Parte a considerar la *“posibilidad de adoptar las medidas que sean necesarias para permitir el decomiso de esos bienes (refiriéndose a los adquiridos mediante la comisión de un delito tipificado con arreglo a la Convención) sin que medie condena, en casos en que el delincuente no pueda ser enjuiciado por motivos de fallecimiento, fuga o ausencia, o en otros casos apropiados”*.

En otro orden de ideas, respecto de las personas contra quienes pueden dirigirse estas medidas, la CNUCC prevé un sistema de responsabilidad de las personas jurídicas. Y sobre esa responsabilidad debemos recordar que las obligaciones asumidas por nuestro país en función del Artículo 26 son las siguientes:

Art. 26: Responsabilidad de las personas jurídicas

- 1.- *“Cada Estado Parte adoptará las medidas que sean necesarias, en consonancia con sus principios jurídicos, a fin de establecer la responsabilidad de personas jurídicas por su participación en delitos tipificados con arreglo a la presente Convención”*.
- 2.- *“Con sujeción a los principios jurídicos del Estado Parte, la responsabilidad de las personas jurídicas podrá ser de índole penal, civil o administrativa”*.
- 3.- *“Dicha responsabilidad existirá sin perjuicio de la responsabilidad penal que incumba a las personas naturales que hayan cometido los delitos”*.

⁵⁶ Artículos 51 a 59, ambos inclusive.

4.- *“Cada Estado Parte velará en particular por que se impongan sanciones peales o no penales eficaces, proporcionadas y disuasivas, incluidas sanciones monetarias, a las personas jurídicas consideradas responsables con arreglo a este artículo”.*

Como anteriormente se señalara, la CICC también contempla mecanismos de asistencia en materia de decomiso de activos. En ese sentido, su Artículo XV relativo a las *“medidas sobre bienes”*, establece que:

1. *“De acuerdo con las legislaciones nacionales aplicables y los tratados pertinentes u otros acuerdos que puedan estar en vigencia entre ellos, los Estados Partes se prestarán mutuamente la más amplia asistencia posible en la identificación, el rastreo, la inmovilización, la confiscación y el decomiso de bienes obtenidos o derivados de la comisión de los delitos tipificados de conformidad con la presente Convención, de los bienes utilizados en dicha comisión o del producto de dichos bienes”.*
2. *“El Estado Parte que aplique sus propias sentencias de decomiso, o las de otro Estado Parte, con respecto a los bienes o productos descritos en el párrafo anterior, de este artículo, dispondrá de tales bienes o productos de acuerdo con su propia legislación. En la medida en que lo permitan sus leyes y en las condiciones que considere apropiadas, ese Estado Parte podrá transferir total o parcialmente dichos bienes o productos a otro Estado Parte que haya asistido en la investigación o en las actuaciones judiciales conexas”.*

Además de las previsiones contenidas en la CNUCC y en la CICC, vemos que el recupero de activos también ha sido incluido en otros

instrumentos internacionales vinculados con la corrupción y recomendaciones que organismos multinacionales en materia de lavado de activos han formulado.

De ese modo, en el ámbito de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), el 17 de diciembre de 1997 se suscribió la "CONVENCIÓN PARA COMBATIR EL COHECHO DE SERVIDORES PUBLICOS EXTRANJEROS EN TRANSACCIONES COMERCIALES INTERNACIONALES", instrumento aprobado por la Argentina mediante la Ley 25.319⁵⁷. Con motivo de ese convenio y habiéndose ratificado con anterioridad la suscripción de la CICC, mediante la incorporación al Código Penal del Art. 258 bis, se introdujo al ordenamiento penal interno la figura del soborno trasnacional⁵⁸, sancionada con penas de reclusión de hasta seis años e inhabilitación perpetua para ejercer la función pública⁵⁹.

En cuanto al decomiso, en el Art. 3º, inc. 3, de la referida convención contra el soborno trasnacional, se decidió que cada Estado Parte tomaría las medidas necesarias para que el instrumento y el producto del cohecho de un servidor público extranjero o activos de un valor equivalente al de ese producto puedan ser objeto de embargo y decomiso o sean aplicables sanciones monetarias de efectos comparables.

Respecto a la cuestión de responsabilidad, mediante el Art 2º de dicha Convención, los Estados Parte se comprometieron en tomar las medidas necesarias, de acuerdo con sus principios legales, para establecer la responsabilidad de las personas morales por cohecho a un

⁵⁷ Promulgada el 6/10/2000 y publicada en el B.O. el 18/10/2000.

⁵⁸ Conducta que también se encuentra tipificada por el Art. VIII de la Convención Interamericana contra la Corrupción.

⁵⁹ El Art. 258 bis, del CP, según Ley 25.825, reza lo siguiente: *“Será reprimido con reclusión de uno (1) a seis (6) años e inhabilitación especial perpetua para ejercer la función pública el que, directa o indirectamente, ofreciere u otorgare a un funcionario público de otro Estado o de una organización pública internacional, ya sea en su beneficio o de un tercero, sumas de dinero o cualquier objeto de valor pecuniario u otras compensaciones, tales como dádivas, favores, promesas o ventajas, a cambio de que dicho funcionario realice u omita realizar un acto relacionado con el ejercicio de sus funciones públicas, o para que haga valer la influencia derivada de su cargo, en un asunto vinculado a una transacción de naturaleza económica, financiera o comercial”*.

servidor público extranjero". En ese mismo sentido, el Art. 3º, inc. 2 establece que en caso de que, según el ordenamiento jurídico de una Parte, la responsabilidad penal no sea aplicable a las personas jurídicas, la Parte dará garantías para que las mismas sean sometidas a sanciones eficaces, coherentes y disuasorias de carácter no penal, incluidas sanciones monetarias por el cohecho de funcionarios públicos extranjeros.

Al igual que la convención de soborno transnacional de la OCDE, el Grupo de Acción Financiera sobre el Lavado de Activos (GAFI)⁶⁰, en el año 2003 emitió sus "CUARENTA RECOMENDACIONES" para combatir el lavado de activos y el financiamiento del terrorismo. Si bien esas recomendaciones no son de carácter vinculante para los Estados, ellas son reconocidas mundialmente como los estándares mínimos para la acción de los países en la implementación de los detalles de acuerdo a sus circunstancias particulares y esquemas constitucionales; ellas cubren todas las medidas que los sistemas nacionales deberían tener en vigor dentro de sus sistemas penales y normativos, las medidas preventivas que deben ser tomadas por las instituciones financieras y otras profesiones y actividades; y la cooperación internacional.

Entre esas 40 recomendaciones, la número 3 se dedica a las "Medidas provisionales y decomiso". A través de ella se estableció que *"Los países deberían adoptar medidas similares a las previstas en las Convenciones de Viena y de Palermo, incluyendo medidas legales, para que las autoridades competentes puedan decomisar los activos lavados, el producto del lavado de activos o de delitos subyacentes, los instrumentos utilizados o destinados al uso en la comisión de estos delitos, o bienes por un valor equivalente, sin perjuicio de los derechos de terceros de buena fe"*. Recordemos que los delitos de corrupción forman parte de los delitos precedentes o subyacentes que originan el delito de lavado de activos.

⁶⁰ El GAFI es un grupo intergubernamental que establece estándares, y desarrolla y promueve políticas para combatir el lavado de activos y el financiamiento del terrorismo.

Según la recomendación analizada, las medidas sugeridas deberían incluir la facultad de:

- 1) identificar, localizar, valorar los activos objeto del decomiso,
- 2) implementar medidas provisionales, tales como el congelamiento y el embargo, para impedir cualquier comercialización, transferencia o disposición de dichos bienes,
- 3) adoptar medidas que impidan o eviten actos que perjudiquen la capacidad del estado para recuperar bienes sujetos a decomiso y
- 4) tomar medidas de investigación apropiadas.

Asimismo, se estableció que *“Los países también pueden considerar la adopción de medidas que permitan que tales productos o instrumentos sean decomisados sin que se requiera una condena penal, o que requieran que el imputado demuestre el origen lícito de los activos eventualmente sujetos a decomiso, en la medida en que ese requisito sea compatible con los principios de sus respectivas legislaciones nacionales.”*

8.- INJERENCIA DE LA NORMATIVA INTERNACIONAL EN EL DERECHO INTERNO

A partir de la reforma constitucional del año 1994, por la aplicación del Art. 75, inciso 22, de la Constitución Nacional, las normas emanadas de las convenciones internacionales ratificadas por el país, tienen una jerarquía superior a las Leyes de la Nación⁶¹.

Para que las disposiciones emanadas de los tratados internacionales suscriptos por el Estado tengan injerencia en el derecho interno, estos deben cumplir con un procedimiento especial de incorporación. De este modo, una vez concluidos por el Poder Ejecutivo, los tratados pasan al Poder Legislativo, el cual, mediante el dictado de una ley, deberá aprobarlos o desecharlos⁶² y luego remitirlos nuevamente al Poder Ejecutivo para que, por las vías pertinentes, se cumpla con la formalización del instrumento de ratificación y el intercambio o depósito de la ratificación.

En esas condiciones, siendo que el Congreso de la Nación ha aprobado todos los instrumentos internacionales en materia de lucha

⁶¹ Sin embargo, antes de la mencionada reforma de la Carta Magna, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el Fallo “Fibraca Constructora SCA. c/ Comisión Técnica Mixta de Salto Grande” –Fallos 316:1669- había reconocido la supremacía de los Tratados Internacionales frente al Derecho Interno. En ese fallo la Corte destacó que “*La necesaria aplicación del Art. 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, impone a los órganos del Estado Argentino, una vez asegurados los principios de derecho público constitucionales, asignar primacía a los tratados ante un eventual conflicto con cualquier norma interna contraria*”.

⁶² Cfr. Art. 75, inc. 22, de la CN.

contra la corrupción suscriptos por el Estado, es que el Estado argentino se encuentra obligado a dar cumplimiento a todas las cláusulas incluidas en aquellos instrumentos⁶³.

Esta obligación responde al principio general del derecho internacional denominado *“pacta sunt servanda”*, consagrado en el Art. 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados⁶⁴, del 23 de mayo de 1969, por el cual *“todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe”*; al igual que, conforme a lo previsto en el Art. 27 de dicha Convención, una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un Tratado⁶⁵.

En función de ello y, especialmente en cumplimiento de los compromisos internacionales, se torna imprescindible que los órganos internos adopten las medidas necesarias para la identificación, localización, embargo preventivo o la incautación de los bienes que resulten ser el producto de los delitos que se investigan en los casos de corrupción, o de los bienes en que ellos se hayan transformado o con los que se hayan mezclado.

Como se mencionó anteriormente, dicha medida resulta procedente tanto contra las personas físicas como contra las de existencia ideal, siempre y cuando estas últimas hayan resultado ser las beneficiarias del actuar doloso de sus representantes. Ello, ya que sin perjuicio de la responsabilidad penal que le corresponda a las personas naturales que hayan actuado en su nombre, por aplicación del Art. 26 de la CNUCC, aquellas son susceptibles de recibir sanciones proporcionadas de contenido económico.

⁶³ Es preciso señalar que las cláusulas operativas deben ser aplicadas de manera directa e inmediata, mientras que las cláusulas programáticas requieren del dictado de normas locales que adecuen el derecho interno a las mandas convencionales.

⁶⁴ Aprobada por el Congreso mediante Ley 19.865.

⁶⁵ Este principio fue empleado por la CSJN en el precedente *“Fibraca Constructora”*, citado anteriormente y en la causa *“Cafés La Virginia S.A. s/ apelación”*, resuelta el 13/10/1994 – Fallos 317:1282-.

Tal como se ha adelantado creemos que, más allá de que puedan producirse futuras reformas normativas en torno del recupero de activos y de la figura del decomiso, consideramos que la adopción de medidas cautelares con fines de asegurar un eventual decomiso, decretadas desde el inicio de las investigaciones criminales, resulta ser la herramienta de nuestro derecho interno que mejor se adecua a los principios y compromisos asumidos por el Estado. Por tal motivo, encontrándonos frente a supuestos expresamente previstos en las convenciones internacionales contra la corrupción, esas herramientas deben ser utilizadas y aplicadas de manera efectiva para no comprometer el cumplimiento de los tratados internacionales.

Esas obligaciones internacionales asumidas por el Estado y la supremacía normativa que sobre las leyes internas tienen los tratados tienen una especial relevancia ya que su incumplimiento podría llegar a ocasionar una responsabilidad internacional del Estado.

En conexión con este punto, en reiteradas oportunidades, la CSJN ha dicho que *“cuando la Nación ratifica un tratado que firmó con otro Estado, se obliga internacionalmente a que sus órganos administrativos y jurisdiccionales -y legislativos- lo apliquen a los supuestos que ese tratado contemple, siempre que contenga descripciones lo suficientemente concretas de tales supuestos de hecho que hagan posible su aplicación inmediata”* (Ver Fallos 315:1492, “Ekmekdjian, Miguel ángel c/ Sofovich, Gerardo y otros”, del 7/07/1992; Fallos 324:204, “Dr. Karl Thomas Gesellschaft Mit Beschränkter Haftung c/ Instituto Nacional de la Propiedad Industrial y otro s/ denegatoria de patente”, del 13/02/2001; Fallos 324:3143, Alianza “Frente para la Unidad” s/ oficialización listas de candidatos”, del 27/09/2001; Fallos 326:2805, “Videla, Jorge Rafael s/ incidente de excepción de cosa juzgada y falta de jurisdicción”, del 21/08/2003; Fallos 326:3268, “Hagelin, Ragnar Erland s/ recurso Art. 445 bis C.J.M”, del 8/09/2003; Fallos 326:3882, “Cámara Argentina de Empresas de Seguridad e Investigación c/ Gobierno Nacional -Ministerio de

Defensa y Dirección Nacional de Policía Aeronáutica”, del 30/09/2003; Fallos 327:388, “Romero Cacharane, Hugo Alberto s/ ejecución penal”, del 9/03/2004; Fallos 328:2056, “Simón, Julio Héctor y otros s/ privación ilegítima de la libertad, etc. (Poblete) -causa N° 17.768-”, del 14/06/2005; y Fallos 331:2663, “Dragoevich, Héctor Ramón c/ M° J y DD.HH. s/ Art.3 ley 24.043”, del 2/12/2008.

Respecto de esa obligación internacional asumida por el Estado, también corresponde remarcar que la CSJN ha dicho que *“su incumplimiento podría importar una violación de las obligaciones internacionales del Estado Argentino, con su consiguiente responsabilidad”* (Fallos 324:3143 citado en el párrafo precedente). Asimismo, que la obligación de aplicar los tratados por parte del Estado, tiende a *“no comprometer su responsabilidad internacional”* (cfr. Fallos 325:292); y que *“la prescindencia de las normas internacionales por los órganos internos pertinentes puede originar responsabilidad internacional del Estado Argentino”* (Fallos 326:3882 y 331:2663 citados anteriormente).

Frente a los compromisos internacionales, la jurisprudencia de la CSJN reiteradamente ha señalado que incumbe a todos los poderes del Estado aplicar los tratados internacionales a los que el país está vinculado, debiéndose adoptar todas las medidas necesarias para remover los obstáculos que obstan al pleno ejercicio de esos derechos (Fallos 318:514) u otorgar una inteligencia a las normas vigentes que cumplan con las exigencias establecidas en dichos instrumentos internacionales (Fallos 328:339).

A) Responsabilidad Internacional en casos de Derechos Humanos.

La responsabilidad internacional del Estado en los casos de violaciones de derechos humanos es manifiesta ya que, por ejemplo a

nivel regional, mediante Ley 23.054⁶⁶ se aprobó la Convención Americana sobre Derechos Humanos⁶⁷, reconociéndose la competencia de Comisión Interamericana de Derechos Humanos y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos por tiempo indefinido y bajo condición de estricta reciprocidad, sobre los casos relativos a la interpretación o aplicación de la citada Convención⁶⁸. El Art. 62 de la citada Convención establece que todo Estado parte puede, en el momento del depósito de su instrumento de ratificación o adhesión, o en cualquier momento posterior, declarar que reconoce como obligatoria de pleno derecho y sin convención especial, la competencia de la Corte sobre todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de la Convención (inc. 1) y que esa declaración puede ser hecha incondicionalmente, o bajo condición de reciprocidad, por un plazo determinado o para casos específicos (inc. 2).

Recientemente, en el caso “Kimel vs. Argentina”⁶⁹, resuelto el 2 de mayo de 2008, la Corte Interamericana de Derechos Humanos manifestó que *“es un principio de Derecho Internacional que toda violación de una obligación internacional que haya producido daño comporta el deber de repararlo adecuadamente”*⁷⁰. En sus decisiones a este respecto, la Corte se ha basado en el artículo 63.1 de la Convención Americana⁷¹ (párrafo 98). En este fallo, además de las reparaciones de los

⁶⁶ Del 1/03/1984, publicada en el B.O. el 27/03/1984

⁶⁷ Firmada en San José de Costa Rica en noviembre de 1969.

⁶⁸ El 5/09/1984, la República Argentina depositó ante la Secretaría General de la OEA, el instrumento de ratificación de fecha 14/08/1984, reconociendo la competencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

⁶⁹ La Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) falló a favor del periodista argentino Eduardo Kimel en la apelación que presentó contra el Estado argentino, a raíz que en 1995 fue injustamente condenado por la justicia argentina a un año de prisión en suspenso y al pago de una indemnización de 20 mil pesos, por encontrarlo culpable de los cargos de "injuria y calumnia" contra un juez.

⁷⁰ Cfr. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Reparaciones y Costas*. Sentencia de 21 de julio de 1989. Serie C No. 7, párr. 25; *Caso Albán Cornejo y otros. Vs. Ecuador. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 22 de noviembre de 2007. Serie C No. 171, párr. 138, y *Caso del Pueblo Saramaka, supra* nota 14, párr. 131.

⁷¹ El artículo 63.1 de la Convención dispone que: Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en [la] Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada.

daños sufridos por el damnificado ordenadas, la Corte Interamericana dispuso que el Estado debía adecuar su derecho interno a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de tal forma que las imprecisiones reconocidas por el Estado se corrijan para satisfacer los requerimientos de seguridad jurídica y, consecuentemente, no afecten el ejercicio del derecho a la libertad de expresión⁷².

Sobre este punto es útil señalar que mediante Ley 26.551, promulgada el 26 de noviembre de 2009, el Congreso de la Nación modificó los artículos 109, 110, 111, 113 y 117 del Código Penal y derogó el Art. 112, relativos a los delitos de calumnias e injurias, para ajustar el ordenamiento legal interno al mandato de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Otro asunto demostrativo del carácter vinculante que tienen las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos es el caso “Bulacio vs. Argentina”, en el cual el 19 de septiembre de 2003 se dispuso la responsabilidad internacional del Estado argentino por la deficiente tramitación de la causa promovida contra el imputado Espósito. Este precedente llevó a la CSJN⁷³ a revocar el sobreseimiento dictado por los tribunales locales en base a la prescripción de la acción penal, acatando los deberes impuestos al Estado Argentino por la jurisdicción internacional⁷⁴.

⁷² La Comisión Interamericana de Derechos Humanos había indicado a la Corte que era “indispensable que el Tribunal ordene al Estado argentino que adopte, en forma prioritaria, las reformas legislativas y de otro carácter que sean necesarias para evitar que hechos similares se repitan”, y que “se debe llevar adelante una reforma legal de los delitos de calumnias e injurias, y de las normas del Código Civil en tanto el modo en que se encuentran reguladas estas figuras –en virtud de su redacción y falta de precisión- da vía libre para que los tribunales argentinos fallen con criterios discrecionales, fomentado el dictado de numerosas sentencias violatorias a la libertad de expresión”.

⁷³ En el Fallo “Espósito, Fallos 327:5668, del 23/12/2004.

⁷⁴ Ver Badeni Gregorio, “Tratado de Derecho Constitucional – Tomo II”, 2ª Edición, 2006, La Ley, págs. 1132 a 1134.

En otro orden de ideas, en reiterados precedentes la CSJN ha establecido que *“La opinión de la Comisión Interamericana de Derechos humanos, a partir de la jerarquía constitucional otorgada al Pacto de San José de Costa Rica, debe servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales en la medida que el estado argentino reconoció la competencia de aquélla para conocer en todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de la Convención Americana”*⁷⁵.

B) Responsabilidad Internacional en casos de Corrupción

Si bien en materia de corrupción y específicamente en los casos de recupero de activos no existen organismos internacionales con capacidad para emitir recomendaciones de carácter coercitivo o vinculante, debe apuntarse que las distintas Convenciones suscriptas por el Estado en la materia tienen establecidos mecanismos de seguimiento e implementación de sus cláusulas, que buscan evitar que los Estados parte se desentiendan del cumplimiento de sus cometidos, reforzándose el compromiso de todos ellos, para que adopten acciones concretas que hagan efectivas internamente sus diversas cláusulas.

I) Convención Interamericana contra la Corrupción:

Así, en el marco de la CICC, durante la *Primera Conferencia de los Estados Parte en la Convención Interamericana contra la Corrupción sobre el Mecanismo de Seguimiento de la Implementación de dicha Convención*, celebrada en Buenos Aires entre el 2 y el 4 de mayo de 2001, se redactó el Documento de Buenos Aires sobre el Mecanismo de Seguimiento de la Implementación de la CICC; documento que fue oficialmente adoptado por veinte de los veintidós Estados partes de esa Convención el 4 de junio de 2001 en San José de Costa Rica, en ocasión del

⁷⁵ Ver Fallos CSJN 321:1328; 319:1840 y 324:3269 (voto del Dr. Vázquez).

XXXI período ordinario de sesiones de la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos⁷⁶.

El referido mecanismo de seguimiento es un ejercicio conjunto entre los Estados Partes de la CICC, para que éstos se analicen mutuamente –a través de un procedimiento de “evaluación entre pares” o “peer review”- respecto de cómo han implementado y puesto en práctica los postulados de la Convención⁷⁷.

Si bien este mecanismo no implica la adopción de sanciones para los Estados sus propósitos son:

- Promover la implementación de la Convención y contribuir al logro de los propósitos establecidos en su artículo II⁷⁸;
- Dar seguimiento a los compromisos asumidos por los Estados Parte de la Convención y analizar la forma en que están siendo implementados;
- Facilitar la realización de actividades de cooperación técnica; el intercambio de información, experiencia y prácticas óptimas; y la armonización de las legislaciones de los Estados Parte.

El Mecanismo de Seguimiento de la Implementación de la CICC consta de dos órganos: La Conferencia de los Estados Parte y el Comité de Expertos. La Conferencia está integrada por representantes de los Estados Parte en la Convención. Su principal responsabilidad es instrumentar el Mecanismo. Por su parte, el Comité está integrado por

⁷⁶ Ver publicación de la OA, “Convención Interamericana contra la Corrupción – Implementación de un eficaz instrumento internacional de lucha contra la corrupción”, 2ª edición actualizada, 2004, págs. 20 y sgtes. donde puede apreciarse el desarrollo del Mecanismo de Seguimiento de la Implementación de la CICC.

⁷⁷ Cfr. OA, “Convención Interamericana contra la Corrupción – Implementación de un eficaz instrumento internacional de lucha contra la corrupción”, pág. 27.

⁷⁸ El Art. II de la CICC establece que “*los propósitos de la Convención son: 1. Promover y fortalecer el desarrollo, por cada uno de los Estados Parte, de los mecanismos necesarios para prevenir, detectar, sancionar y erradicar la corrupción; y 2. Promover, facilitar y regular la cooperación entre los Estados Parte a fin de asegurar la eficacia de las medidas y acciones para prevenir, detectar, sancionar y erradicar los actos de corrupción en el ejercicio de las funciones públicas y los actos de corrupción específicamente vinculados con tal ejercicio*”.

especialistas designados por cada Estado Parte y es responsable del análisis técnico de la implementación de la Convención por los Estados Parte, entre otras tareas⁷⁹.

Aunque las recomendaciones efectuadas por el Comité de Expertos no sean vinculantes para los Estados parte ni tienen un carácter coercitivo, los informes emitidos por ese organismo son puestos en consideración de la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos (OEA), luego son publicados a través de su Secretaría General y puestos a disposición de los demás Estados. Esto puede provocar que en los Estados que incumplan con las recomendaciones emitidas se perciba una falta de seguridad jurídica y la ausencia de transparencia, condiciones que pueden causar la quita de inversiones económicas por parte de los agentes económicos que pierdan la confianza en los países que no cumplan con los estándares internacionales en materia de corrupción.

II) Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción:

Por su parte, luego de un difícil marco de negociación⁸⁰, la CNUCC, también ha previsto un mecanismo de seguimiento cuyos lineamientos se encuentran establecidos en el Art. 63 de dicho instrumento internacional. En dicha cláusula se pretende analizar el grado de cumplimiento interno de cada Estado parte, así como los avances registrados en la implementación de las normas previstas en sus textos, recabando información que permita detectar posibles dificultades pero también la existencia de buenas prácticas en este cometido⁸¹.

En este sentido, desde la Conferencia de Estados parte y con el apoyo de la Oficina de las Naciones Unidas contra el Crimen y la

⁷⁹ Ver OA, “Convención Interamericana contra la Corrupción – Implementación de un eficaz instrumento internacional de lucha contra la corrupción”, pág 28 y 29.

⁸⁰ Ver OA, “Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción – Nuevos paradigmas para la prevención y combate de la corrupción en el escenario global”, 2004, págs. 64/65.

⁸¹ Cfr. OA, “Convención de las Naciones Unidas...”, 2004, pág. 68.

Droga, se llevó adelante entre los años 2008 y 2009 un Programa Piloto para el establecimiento de un mecanismo de seguimiento de la Convención al que voluntariamente se sometieron diversos países –entre ellos la República Argentina-, a los efectos de evaluar en la práctica su funcionamiento y con la intención de que sea adoptado por todos los Estados miembros firmantes de la Convención. Dicho Programa Piloto de evaluación se limitó exclusivamente a analizar el cumplimiento de los arts. 5 (medidas preventivas), 6 (órgano u órganos de prevención de la corrupción), 9 (contratación pública y gestión de la hacienda pública, 15 (soborno), 16 (soborno transnacional), 17 (malversación y peculado), 23 (lavado de dinero), 25 (obstrucción de justicia), 44 (extradición), 46 (asistencia judicial), 52 (recuperación de activos), 53 (recuperación directa de bienes), 54 (cooperación internacional en materia de recuperación de bienes), 55 (cooperación internacional a los fines de decomiso) y 57 (restitución y disposición de activos), quedando librada la publicidad de esos informes a la exclusiva decisión de los Estados involucrados⁸².

El mecanismo de seguimiento y evaluación que habrá de establecerse de manera definitiva, aún se encuentra pendiente de elaboración, toda vez que recién fue aprobado por la Conferencia de Estados parte, en la reunión que tuvo lugar en Doha, Qatar, entre los días 9 y 13 de noviembre de 2009.

III) Convención OCDE:

Por otro lado, la Convención sobre la Lucha contra el Cohecho de los Funcionarios Públicos Extranjeros en las Transacciones Económicas Internacionales, firmada en el marco de la OCDE, tiene un mecanismo de seguimiento a cargo de un Grupo de Trabajo integrado por representantes de los distintos Estados parte, que evalúa la eficacia del sistema legal de cada país en la prevención, detección, persecución y sanción del soborno transnacional. La tarea de evaluación de cada país es

⁸² El de nuestro país se puede consultar en <http://www.anticorrupcion.gov.ar/documentos/Argentina,%20country%20repor.pdf>.

llevada adelante por expertos de dos países miembros y por personal técnico de la Secretaría de la OCDE, que son los encargados de someter a consideración del pleno del Grupo sus conclusiones preliminares, quien luego aprobará un informe final y efectuará las recomendaciones que correspondan.

La tarea de evaluación se compone de dos fases. En la denominada Fase 1 el Grupo de Trabajo analiza exclusivamente la existencia de legislación que incorpore las exigencias de la Convención en el derecho interno de los Estados parte. En la llamada Fase 2 se evalúa no sólo la existencia de esa legislación, sino también el funcionamiento del sistema legal, la administración de justicia, los organismos de control y el grado de conocimiento de esta legislación en materia de soborno transnacional por parte de funcionarios públicos, jueces, fiscales, y también empresarios, abogados, contadores y miembros de la sociedad civil. Esta Fase 2 supone una visita in situ al país evaluado, que dura entre cuatro y cinco días, donde los expertos de los países evaluadores y de la Secretaría de la OCDE interpelan tanto a los actores estatales como a privados respecto de los aspectos principales de la Convención. Ello así, a fin de formarse un juicio respecto del conocimiento y actividades relacionadas con la lucha contra el soborno transnacional en el país evaluado. Actualmente se está analizando la implementación de una Fase 3 que habrá de poner el acento en la existencia de casos de soborno transnacional y su persecución y eventual sanción.

Como ya se señaló el ejercicio de evaluación culmina en un informe, seguido de recomendaciones de diversa índole, que luego son publicados en la página web del organismo ([www.oecd.org/fighting corruption](http://www.oecd.org/fighting-corruption)), dándose a publicidad, mediante un comunicado de prensa, una breve referencia de los hallazgos.

Al igual de lo que ocurre en el marco de la CICC, el mecanismo de seguimiento supone una llamada “presión de pares” o peer pressure, puesto que los miembros del Grupo de Trabajo, se encargan de

dar su opinión y marcar las falencias de la legislación respecto de los estándares previstos en la Convención. Se apela más que nada al compromiso del Estado en dar cumplimiento a sus exigencias, a fin de que el país disponga las medidas correctivas necesarias y no quede expuesto a la crítica de la comunidad internacional, dado que ello supondría una falta de interés de ese Estado en la lucha contra la corrupción. No hay una llamada “lista negra”, pero sí distintas consecuencias en lo que concierne al grado de las falencias o incumplimientos advertidos, que pueden ir desde la formulación de las ya mencionadas recomendaciones, de mayor o menor rigor según el caso, un seguimiento más intenso de algunos aspectos de los incumplimientos advertidos, hasta una nueva visita in situ de resultar necesario. El resultado de estas evaluaciones se hace público y es recogido por los distintos medios de prensa.

IV) **Conclusiones sobre la Responsabilidad del Estado en materia de corrupción:**

Como puede advertirse, en los distintos instrumentos internacionales sobre corrupción a los que se ha hecho referencia, no existen organismos de tipo jurisdiccional o con competencia para imponer sanciones por el incumplimiento de sus cláusulas, como sucede en algunas convenciones sobre derechos humanos. Sin embargo, la comunidad internacional no se ha desentendido de los esfuerzos que realicen los Estados para asegurar su cumplimiento ni de establecer mecanismos institucionales para ello. Lo que sucede es que esos mecanismos institucionales están orientados al establecimiento de prácticas cooperativas, que buscan persuadir a los respectivos miembros a incorporar las exigencias jurídicas establecidas en las convenciones a sus legislaciones o que en su aplicación se contemplen sus contenidos. En otras palabras, que la responsabilidad internacional por su incumplimiento no se establezca mediante un sistema de sanciones o de pronunciamientos jurisdiccionales no significa que ésta no exista.

Además de ello, los incumplimientos de los compromisos internacionales en materia de corrupción generan en la comunidad internacional la sensación de que el Estado que no garantiza los estándares mínimos de transparencia no es un Estado confiable. Esta situación suele aparejar consecuencias colaterales como la pérdida de inversiones económicas. De ese modo, muchos inversores dejaron de colocar su dinero en países y empresas que no son transparentes debido a que se les representarían costos adicionales y riesgos que restringen la generación de utilidades. Por lo tanto, de la misma manera que un alto nivel de opacidad y corrupción elevar el costo de hacer negocios y reduce la disponibilidad de capital de inversión, un alto grado de transparencia funciona como un estímulo económico que puede verse como el equivalente a una reducción de impuestos⁸³.

Como ejemplo del riesgo descripto se nota como las posiciones tomadas por el Foro Económico Mundial⁸⁴, respecto de temas como la falta de transparencia o corrupción, pueden producir una importante afectación en el nivel de inversiones de un país. Este organismo emite periódicamente sus informes sobre la competitividad de los distintos países, entendiendo por economías competitivas⁸⁵ a aquellas en las que tienen lugar los factores que conducen a realzar la productividad y en los cuales se construye la prosperidad del presente y futuro.

Para realizar sus informes, el Foro Económico Mundial basa sus análisis en el llamado “Índice Global de Competitividad” (GCI), definiendo a la competitividad como el sistema de instituciones, políticas y factores que determinan el nivel de la productividad de un país. Para confeccionar el GCI, este foro ha tomado en cuenta los llamados “*doce pilares de la competitividad*”, siendo el primero de esos pilares el ambiente

⁸³ Ver OA, folleto sobre la “CONVENCIÓN SOBRE LA LUCHA CONTRA EL COHECHO DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS EXTRANJEROS EN LAS TRANSACCIONES COMERCIALES INTERNACIONALES”, que puede ser consultado en <http://www.anticorrupcion.gov.ar/documentos/Folleto%202007%20OCDE%20unificado.pdf>

⁸⁴ Organización en la que se reúnen los principales líderes empresariales y políticos del mundo.

⁸⁵ Se considera que un ambiente económico de competitividad sustentable puede ayudar a las economías nacionales a superar los descensos en los ciclos de los negocios y asegurar que se den los mecanismos que permitan una sólida actuación económica en el futuro

institucional; el cual está definido por el marco legal y administrativo dentro del cual los individuos, las firmas y los gobiernos interactúan recíprocamente para generar renta y riquezas en la economía de un país.

En el reciente informe titulado *“Índice Global Competitividad 2009-2010: Contribuyendo con la Prosperidad a Largo Plazo en medio de la Crisis Económica Global”*⁸⁶ se ha establecido que calidad institucional es un fuerte soporte para la competitividad y el crecimiento. Ella Influencia en las decisiones de inversión y en la organización de la producción, cumpliendo un papel central en los modos en que las sociedades distribuyen sus beneficios y resisten los costos de las estrategias y políticas de desarrollo. Para describir su calidad se analiza el papel de las instituciones más allá de su marco jurídico. Por lo tanto, las actitudes de los gobiernos hacia los mercados, las libertades y la eficacia de sus operaciones, son también muy importantes. Y, sobre todo, debe tenerse presente que este organismo considera a la excesiva burocracia, la sobre reglamentación, la corrupción, la falta de honradez en los contratos públicos, la carencia de transparencia, la falta de confianza en la palabra empeñada y la dependencia política del sistema judicial, como elementos que deterioran la calidad institucional de un país e imponen costos económicos significativos para los negocios y retardan su proceso del desarrollo económico.

De tal manera, y tal como sucede con los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, todos los órganos del Estado -en la esfera de sus competencias- están obligados a adoptar las medidas necesarias para dar cumplimiento a las cláusulas de las distintas convenciones sobre corrupción. Esto implica que los jueces, en los casos sometidos a su conocimiento, también deban otorgar una inteligencia a las normas internas que les corresponda aplicar, que sea compatible y tome en cuenta sus exigencias, cuidando de no interpretarlas a contramano de su texto y, llegado el caso, removiendo los obstáculos que impiden hacerlo, puesto que una interpretación diferente puede también comprometer al

⁸⁶ Ver <http://www.weforum.org/documents/GCR09/index.html>.

Estado argentino ante estos organismos encargados de promover entre sus miembros la aplicación de las diversas convenciones.

9.- ALCANCE DEL DECOMISO CONTRA LAS PERSONAS JURÍDICAS

Como anteriormente se señaló, el Art. 23 del Código Penal establece que *“en todos los casos en que recayese condena por delitos previstos en este Código o en leyes penales especiales, la misma decidirá el decomiso de las cosas que han servido para cometer el hecho y de las cosas o ganancias que son el producto o el provecho del delito, en favor del Estado nacional, de las provincias o de los municipios, salvo los derechos de restitución o indemnización del damnificado y de terceros.”* Y, luego, en su párrafo 3º, se establece que, *“cuando el autor o los partícipes han actuado como mandatarios de alguien o como órganos, miembros o administradores de una persona de existencia ideal, y el producto o el provecho del delito ha beneficiado al mandante o a la persona de existencia ideal, el comiso se pronunciará contra éstos.”*

En la sociedad actual, especialmente en el campo de la criminalidad económica, día a día se aprecia como la participación de las empresas o sociedades mercantiles cobra mayor relevancia. Estas resultan ser los sujetos económicos de mayor trascendencia en el mundo moderno; máxime cuando, como en el caso de las grandes corporaciones multinacionales, ellas constituyen complejas organizaciones con distintos niveles de mando, control y ejecución.

Ahora bien, no es intención de esta propuesta entrar en la vieja discusión acerca de la posibilidad de atribuir responsabilidades de naturaleza penal a las personas jurídicas o no⁸⁷, sino que partimos de la

⁸⁷ Ya planteada por el propio Dalmacio Vélez Sarfield, en el año 1869 en la redacción del Art. 43 del Código Civil.

premisa que, en principio, con el ordenamiento legal vigente y en los casos de corrupción, la dogmática penal contemporánea hoy no puede ser aplicada en contra de las personas jurídicas.

Sobre la imposibilidad de aplicar sanciones penales a las personas jurídicas⁸⁸, en los casos de delitos de corrupción, es preciso remarcar que esa situación puede llegar a cambiar ya que el Anteproyecto de Reforma del Código Penal, impulsado por el Ministerio de Justicia de la Nación mediante Resoluciones N° 303/04 y 136/05, prevé la aplicación de sanciones de contenido económico para las personas jurídicas.

En la intervención que se le otorgó en el marco del citado proyecto, la OA realizó algunas consideraciones sobre el estado de implementación y cumplimiento de la Convención contra el soborno de funcionarios públicos extranjeros de la OCDE y propuso la inclusión al Anteproyecto de Reforma del Código Penal, de los Arts. 45 bis, 45 ter, 45 quáter y 5 bis, con la siguiente redacción:

Art. 45 bis: Cuando alguno de los intervinientes en un delito hubiere actuado en nombre, en representación, en interés o en beneficio, de una persona jurídica de carácter privado, podrán imponerse a esta última, sin perjuicio de las que correspondan a los autores y partícipes, las sanciones que se enumeran en el artículo 5 bis.

Cuando quien hubiera actuado careciera de atribuciones para obrar en nombre o representación de la persona jurídica, bastará que su gestión hubiera sido ratificada aunque fuera de manera tácita.

Las sanciones a personas jurídicas podrán aplicarse aún en el caso en que quienes hubieran actuado en su nombre, representación, interés o beneficio, no resultaran

⁸⁸ Recordemos que en la Argentina ciertos regímenes especiales, como excepción prevén este tipo de penas para las personas jurídicas.

condenadas, siempre que la materialidad del delito se hubiera comprobado.

Art. 45 ter: En los casos de los delitos previstos en los artículos 174, inciso 5°, 258, 258 bis, 213 quáter y 278, la persona jurídica de carácter privado, podrá ser sancionada incluso si no pudiera identificarse a una persona física determinada como autor o partícipe, cuando se advirtiera que no se han adoptado aquellas medidas de organización interna razonables para prevenir esos delitos.

Art. 45 quáter: Al iniciarse una causa criminal contra una persona jurídica de carácter privado, su defensa podrá ser asumida por quien ostente la representación legal de la entidad, sin perjuicio de que se pueda designar representante especial designado al efecto. Cuando se iniciara una causa criminal contra ese representante por hechos idénticos o similares a aquellos por los cuales es perseguida la persona jurídica, podrá designarse a otra persona para que asuma la defensa del ente. El juez designará por sí a otra persona que ostente dicha representación, cuando la persona jurídica no lo hiciera en un tiempo razonable.

La persona que ostente la representación de la persona jurídica tendrá todos los derechos y obligaciones del imputado.

Art. 5 bis: Las sanciones para las personas jurídicas son las siguientes:

- a) Multa, cuyo importe será fijado conforme la magnitud del daño causado y el patrimonio de la entidad, hasta un máximo equivalente al TREINTA Y TRES PORCIENTO (33%) del patrimonio neto de la entidad de conformidad con las normas de contabilidad aplicables;*

- b) *Cancelación de la personería jurídica;*
- c) *Suspensión, total o parcial de actividades que en ningún caso podrá exceder de TRES (3) años;*
- d) *Clausura total o parcial del establecimiento que en ningún caso podrá exceder de TRES (3) años;*
- e) *Pérdida o suspensión de beneficios estatales;*
- f) *Publicación de la sentencia condenatoria a sus costas;*
- g) *Prestaciones obligatorias vinculadas con el daño producido;*
- h) *Comiso;*
- i) *Intervención judicial de la empresa para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores por un plazo que en ningún caso podrá exceder de TRES (3) años;*
- j) *Auditoría periódica;*
- k) *Suspensión del uso de patentes y marcas por un plazo de hasta TRES (3) años;*

Suspensión de hasta TRES (3) años en los registros de proveedores del Estado.

Sin embargo, las previsiones enunciadas en los párrafos precedentes en la actualidad sólo se encuentran contempladas en las normas proyectadas. Por ese simple motivo, para que las mismas tengan la fuerza y el peso de la ley, habrá que estarse a la espera del debate parlamentario que le corresponda al proyecto de reforma del CP y a su posterior sanción. No obstante ello, como anteriormente se refiriera, no puede dejar de considerarse la predominante participación de las personas jurídicas en el mundo de la economía moderna y más precisamente en el ámbito de los delitos de contenido económico. Esta situación conlleva a que, más allá de la imposibilidad de atribuirles responsabilidades penales, se deba hacer uso de las herramientas o institutos legales que, de algún modo u otro, impliquen un tipo de sanción económica contra estos sujetos de existencia ideal.

Para ello es preciso reconocer, como regla general, que el derecho reconoce la personalidad legal a las sociedades comerciales y otras personas de existencia ideal; personalidad que es distinta de las de sus miembros. Por lo tanto, valiéndose de la intervención de sus representantes, ellas tienen capacidad de actuar, de adquirir derechos y de contraer obligaciones. Asimismo, el ordenamiento legal también permite atribuirles como propios, elementos que les son constitutivos y, entre esos elementos ellas tienen un patrimonio con entidad propia, que reúne los requisitos de individualidad y de universalidad, en el sentido de estar integrado por bienes perfectamente diferenciados de los pertenecientes a sus integrantes (ver arts. 30 al 44 del Código Civil).

Además de ello, debe tenerse en especial consideración que el Art. 43, del Código Civil, establece que *“las personas jurídicas responden por los daños que causen quienes las dirijan o administren, en ejercicio o con ocasión de sus funciones. Responden también por los daños que causen sus dependientes o las cosas, en las condiciones establecidas en el título: “De las obligaciones que nacen de los hechos ilícitos que no son delitos””*.

Ahora bien, se podría llegar a sostener que si una persona jurídica no puede ser perseguida penalmente, ya que ella sólo actúa a través de sus representantes y por lo tanto, no es responsable de los delitos que estos cometen, tampoco se le podrían imponer sanciones. Sin embargo, lo que con la acción propuesta se pretende es cumplir con el principio básico de justicia que impone, más allá de las condenas de carácter penal contra los responsables, la restitución de los bienes que resulten del beneficio de un delito. Ello, toda vez que ningún derecho puede ser sostenido válidamente a partir de un origen ilícito. Por lo tanto, para impedir el aprovechamiento económico de un delito, en nada obsta que los beneficiarios hayan sido personas físicas o de existencia ideal.

Como ya se resaltó, en los delitos de contenido económico producidos en el marco de grandes contratos de obra pública y en los de prestación de bienes y servicios, en torno de los cuales comúnmente suelen desencadenarse los casos de corrupción, por lo general el Estado contrata con empresas, e incluso, por la magnitud de los contratos públicos, con agrupamientos empresarios tales como las uniones transitorias de empresas (UTE). En ese contexto las empresas contratistas son las que lisa y llanamente se benefician con aquellos contratos porque son las primeras en canalizar los flujos de fondos que egresan del erario público. En razón de ello, de ningún modo puede sostenerse que ellas son ajenas a las maniobras desarrolladas por sus mandatarios o representantes. Por el contrario, las mismas son sus beneficiarias inmediatas.

En el fallo dictado en la referida causa “Skanska”, el juez indicó que en *“este caso el comiso no conserva su calidad de pena accesoria, porque la ley no exige que el mandante haya sido partícipe en el delito; y las personas de existencia ideal no son susceptibles de responsabilidad penal, teniendo la medida por finalidad reponer las cosas al estado anterior de la comisión del ilícito y evitar que no se obtengan beneficios de su perpetración, intenciones que hayan asimismo concreción legislativa también en los artículos 29, inciso 1º y 32 del Código Penal”⁸⁹*.

Y puntualmente sobre la directa vinculación entre el flujo de fondos públicos y la empresa contratista se concluyó que los beneficios del accionar de las personas físicas que habrían intervenido en los hechos allí investigados, en cabeza de los ejecutivos de la empresa, *“habrían sin duda redundado en provecho de la persona de existencia ideal, de la cual fueran dependientes”* y más adelante se agregó que *“los extremos apuntados permiten afirmar, que con motivo de los actos referenciados, resultó ser la firma Skanska, quien en definitiva percibiera por parte del fiduciario, las sumas dinerarias convenidas para la realización de las obras*

⁸⁹ En la resolución aquí cuestionada se citó “El comiso en las reformas del Código Penal”, de Breglia Arias, Omar, en DJ 11/10/2006, I-La Ley 2006-F, 879.

comprometidas” y que en el supuesto de haber existido sobrepuestos ilegítimos, que en ese caso significaron la obtención de los beneficios indebidos, tales ganancias habrían redundado a favor del patrimonio de la empresa. En ese orden de ideas se determinó que “resulta dable concluir que en caso de verificarse el supuesto materia de pesquisa, con el grado de certeza requerido para el dictado de una sentencia condenatoria, independientemente de la responsabilidad penal de aquellos individuos que habrían participado en los delitos, el producto de tales ilícitos habría beneficiado a la firma de referencia - en alusión a Skanska S.A.-, pudiendo ser alcanzada por las previsiones del artículo 23 del Código Penal de la Nación”.

Debe reiterarse que esta acción de decomiso es independiente de la responsabilidad penal de la empresa. También es independiente de una eventual responsabilidad civil objetiva de la empleadora, emanada de los actos cometidos por sus dependientes.

En otro orden de ideas, según la actual redacción del Art. 23, del CP, para que la medida de decomiso prospere, es necesario contar con una sentencia condenatoria contra las personas que, en calidad de mandatarios de alguien o como órganos, miembros o administradores de una persona de existencia ideal hayan intervenido en la comisión del delito y ese requisito es hoy en día ineludible. Sin embargo, una vez llegada la instancia de sentencia condenatoria, en ese acto deberán incluirse disposiciones como el decomiso, incluso contra sujetos no condenados ni sometidos a proceso⁹⁰.

En este punto también deben mencionarse los compromisos internacionales asumidos en torno a la sanción de las personas legales o de existencia ideal, a través del Art. 26 de la CNUCC, el Art. VIII de la CICC y los Arts. 2 y 3°, inc. 2, de la Convención contra el soborno transnacional, descritos en el capítulo 7.

⁹⁰ Posibilidad, introducida a partir de la sanción de la ley N° 25.188.

Para concluir este punto y, en función de la falencia en la política pública o en las estrategias procesales en materia de recupero de activos y de las dificultades en la investigación financiera de las personas físicas, en los casos de corrupción en los que el Estado frecuentemente se ve afectado patrimonialmente en sumas millonarias, la afectación de los bienes de las personas jurídicas que resultaron beneficiarias del actuar doloso de su representantes, mandatarios o ejecutivos se torna imprescindible y significativa.

Aquí deseamos retomar el concepto de que este tipo de acciones, además de recuperar activos ilícitamente sustraídos de la Administración Pública, son capaces de producir un fuerte efecto preventivo. En ese sentido las acciones económicas bien implementadas pueden ser herramientas eficaces para evitar la comisión de delitos. Ellas son capaces de erigirse como fuertes desincentivos para el sector privado en la participación de negociados corruptos. Pensemos que si, además de los numerosos otros costos y perjuicios que puedan asumir, las grandes empresas se vieran enfrentadas al riesgo de ser afectadas económicamente desde el inicio de una investigación de corrupción y se les presente seriamente la posibilidad de perder todas las ganancias que estimaban obtener como resultado de un delito, éstas finalmente se decidirán por dejar de lado el negocio corrupto y tratar de buscar un marco de transparencia en el cual contratar. Como anteriormente dijimos, se busca instalar la idea de que cumplir con la ley, además de ser lo moral y éticamente correcto, también debe resultar la acción económicamente más beneficiosa.

10.- EFECTOS DEL DECOMISO EN CASOS OCURRIDOS CON ANTERIORIDAD A LA REFORMA DE LA LEY 25.188

En la línea de acción que hasta aquí se viene describiendo, debe mencionarse que la OA interviene como parte querellante en un importante número de causas con un prolongado trámite y cuyos hechos han ocurrido hace más de doce o trece años. Esto puede llegar a presentar un impedimento a la hora de intentar en ellas acciones de decomiso. Por ese motivo, en este capítulo se analizarán cuales son algunos de los argumentos que pueden ser de utilidad para soslayar esos obstáculos.

Como ya se vio, a diferencia de países que tienen incorporados en sus ordenamientos jurídicos acciones de extinción de dominio o de decomiso civil sin condena, previas o independientes de esta, en la Argentina el decomiso debe ser decidido al momento de dictarse una sentencia condenatoria (Art. 23 del C.P.). Por tal razón, cuando este se dirige contra los autores o partícipes del delito, el mismo constituye una pena accesoria. Sin embargo, cuando el decomiso es decretado contra personas que no participaron del delito, como es el caso de la persona jurídica cuyos dependientes, mandatarios o representantes fueron los autores del delito, éste no implica para ella una pena, sino solamente un acto de confiscación legal.

Esta diferencia radica en que los terceros o mandantes contra los que el C.P. autoriza la imposición del decomiso, no se encuentran sometidos al proceso penal y respecto de ellos no se juzga

ningún tipo de participación en los hechos delictivos. Lo único que debe determinarse a su respecto es que el delito juzgado les haya significado un beneficio económico para sí y la determinación de esa ganancia de origen ilícito.

A) Sobre la posible afectación al Principio de Legalidad

Como objeción contra estas medidas, aquellos sujetos que intenten defenderse de una acción de decomiso, dirigido contra las ganancias de un delito cometido con anterioridad a noviembre de 1999, podrían sostener que la misma sería violatoria del principio de legalidad, previsto por el Art. 18 de la CN, toda vez que por aplicación de ese principio *“ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso”*.

Ese razonamiento se sustentaría en que la posibilidad de decomisar las cosas o ganancias que resulten ser el producto o el provecho del delito y de dirigir esa acción contra una persona jurídica cuando el autor o los partícipes han actuado como mandatarios o como órganos, miembros o administradores de la misma, recién fue expresamente prevista en nuestro ordenamiento legal a partir del dictado de la Ley 25.188 del 1° de noviembre de 1999, que reformó el Art. 23 del C.P.

En consecuencia, según esta premisa en las causas con hechos ocurridos antes del dictado de esa ley, se estaría ante un caso de aplicación retroactiva de una disposición “ex post”, contraria al Art. 18 de la CN.

B) La sinrazón de la objeción planteada

En primer lugar, frente a este cuestionamiento, debe sentarse que el principio de legalidad, prescripto por el Art. 18 de la CN, solamente ampara a los sujetos que se encuentran sometidos a un proceso penal, en calidad de presuntos autores o partícipes de un hecho delictivo, ante una eventual imposición de pena fundada en leyes posteriores a la fecha de comisión. En consecuencia, aquellos sujetos –personas físicas o jurídicas- que sin participar del delito se hayan visto beneficiados, gracias al actuar de sus representantes, mandatarios u órganos sociales, no se encuentran protegidos por el citado amparo constitucional.

Recientemente, en el acta de acuerdo de juicio abreviado, celebrado en el marco de la causa “IBM-Banco Nación”, del registro del Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 3, de la Capital Federal, se destacó que *“la exigencia de previsibilidad y calculabilidad del poder punitivo que da fundamento al principio de legalidad no puede resultar oponible a la actuación estatal cuando esta no se dirige contra bienes jurídicos fundamentales de una persona física sino contra su patrimonio que, en tanto tal, mal puede resultar objeto del mismo estándar de protección del que gozan la vida o la libertad humana. Es pues por ello que la Constitución Nacional establece, en su Art. 18, la vigencia del principio de irretroactividad tan solo con relación a la ley penal (CSJN, Fallos, 238:496) con el claro sentido de impedir que alguien sea penado por un hecho que, al tiempo de su comisión, no era delito o de prohibir que a quien cometa un delito se le aplique una pena más gravosa que la legalmente prevista al tiempo de su comisión (Zaffaroni, Eugenio, Derecho Penal, Parte General, Ediar, Buenos Aires, 2000, p. 113 y s.s.)”*.

En otro orden de ideas, luego de la reformulación de la posición antes planteada se advierte que a todas luces la misma resulta equivocada. Este yerro queda puesto en evidencia cuando se aprecia que con esa premisa en definitiva se estaría alegando que al momento de comisión de los hechos investigados (anteriores a noviembre de 1999), en

el ordenamiento jurídico vigente para ese tiempo, no había ninguna ley que impedía que una persona o una sociedad comercial se apropiara de los beneficios económicos derivados del delito cometido por sus representantes, mandatarios u órganos sociales.

Ahora bien, luego de esta reformulación surge el cuestionamiento acerca de si realmente era necesario que exista una ley específica, en el orden penal, para fijar que de un delito no puede nacer ningún derecho. Intuitivamente, la primera respuesta será negativa; por lo tanto observamos que aquel planteo acerca de la violación al principio de legalidad no tiene ningún asidero jurídico.

El fundamento de la respuesta al interrogante recién planteado resulta claro si uno se remite a las disposiciones del Código Civil (CC), vigentes desde mediados del siglo XIX. De su extenso articulado se desprende el principio general que el derecho de propiedad sólo existe en la medida en que la propiedad sea adquirida a través de los medios que el derecho permite. La propiedad adquirida en base a la comisión de hechos ilícitos (los propios o los de un tercero) está viciada en su origen y por lo tanto, no puede sostenerse válidamente un derecho respecto de ésta.

La derivación lógica de este principio es que quien se vio beneficiado económicamente con el producido de un delito, nunca puede considerarse dueño de la cosa que resultó ser la ganancia del delito.

Los cimientos de este principio que se reproduce en una serie de artículos del ordenamiento civil, se aprecian claramente en el Art. 502 del CC que establece que “la obligación fundada en una causa ilícita, es de ningún efecto”, y el mismo artículo agrega que “la causa es ilícita, cuando es contraria a las leyes o al orden público”. En un caso de corrupción, en los que generalmente se investigan irregularidades cometidas en contratos de provisión de bienes o servicios o contratos de obra pública, celebrados entre el Estado y proveedores o contratistas privados, una causa ilícita sería, por ejemplo, la desigualdad de contraprestaciones en perjuicio de la Administración Pública –típico caso

de sobrepagos; o el pago de sobornos que distorsionan la competencia legal y asegura la adjudicación del contrato a uno de los oferentes; el otorgamiento de negocios a empresas vinculadas o “amigas”, etc. En todos esos casos, si bien parte de las prestaciones convenidas dentro del “*synallagma*” contractual puedan subsistir, las distorsiones descriptas tornan ilícita a la causa.

Por otro lado, el Art. 953 del CC establece que *“el objeto de los actos jurídicos deben ser cosas que estén en el comercio, o que por un motivo especial no se hubiese prohibido que sean objeto de algún acto jurídico, o hechos que no sean imposibles, ilícitos, contrarios a las buenas costumbres o prohibidos por las leyes, o que se opongan a la libertad de las acciones o de la conciencia, o que perjudiquen los derechos de un tercero. Los actos jurídicos que no sean conformes a esta disposición, son nulos como si no tuviesen objeto”*.

En igual sentido, el Art. 1167, refiere que *“lo dispuesto sobre los objetos de los actos jurídicos y de las obligaciones que se contrajeren, rige respecto a los contratos, y las prestaciones que no pueden ser el objeto de los actos jurídicos, no pueden serlo de los contratos”*. Al respecto en la nota al Art. 953 se aclaró que si el objeto del acto es un hecho –por ejemplo una prestación de dar-, éste debe ser posible y no contrario a las leyes y buenas costumbres. Caso contrario, habría una imposibilidad jurídica.

En otro orden de ideas, el Art. 2524 describe taxativamente cuales son los modos de adquirir el dominio. Para el caso de las ganancias derivadas de los delitos (comúnmente manifestadas en dinero), el modo de adquirir su dominio es la tradición. Sin embargo, según las previsiones del Art. 2602, la misma *“debe ser por título suficiente para transferir el dominio”*. En consecuencia, el título derivado de un acto ilícito nunca podrá ser suficiente por adolecer de un vicio en la causa, y el tenedor de la cosa nunca podría adquirir su propiedad.

Del mismo modo, el Art. 2414 del CC prescribe que “la presunción de propiedad no puede ser invocada por la persona que se encuentre en virtud de un contrato o de un acto lícito o ilícito, obligada a la restitución de la cosa”. Debe recordarse que el Art. 2412 establece una presunción de propiedad a favor del poseedor de buena de de cosa mueble. Esa obligación de restitución surge del Art. 788, en el que se determina que “si ha habido mala fe en el que recibió el pago, debe restituir la cantidad o la cosa, con los intereses o los frutos que hubiese producido o podido producir desde el día del pago. Debe ser considerado como el poseedor de mala fe”. Similar solución da el Art. 792 al determinar que “(e)l pago efectuado sin causa, o por una causa contraria a las buenas costumbres, como también el que se hubiese obtenido por medios ilícitos, puede ser repetido, haya sido o no hecho por error”.

Para mayor abundamiento, según el Art 499 del CC “no hay obligación sin causa, es decir, sin que sea derivada de uno de los hechos, o de los actos lícitos o ilícitos, de las relaciones de familia, o de las relaciones civiles”. Siguiendo a Ortolán, la nota de este artículo aclara, en relación a los ilícitos, que... “si una persona ha causado perjuicio a otra ya voluntariamente, y con mal propósito, ya involuntariamente, pero por culpa suya, el principio de la razón natural, de que es preciso reparar el mal que se ha causado, nos dice que aquí hay un hecho productor de obligación. Si una persona encuentra que tiene por una circunstancia cualquiera lo que pertenece a otra; si aparece enriquecido de un modo cualquiera en detrimento de otra, ya voluntaria, ya involuntariamente, el principio de la razón natural de que ninguno debe enriquecerse con perjuicio de otro, y de que hay obligación de restituir aquello con que se ha enriquecido, nos dice también que hay en esto un hecho causante de obligación...”.

El Art. 2610 del CC dice que la propiedad “(s)e pierde también por la transmisión judicial del dominio, cualquiera que sea su causa, ejecución de sentencia, expropiación por necesidad o utilidad pública; o por el efecto de los juicios que ordenasen la restitución de una

cosa, cuya propiedad no hubiese sido transmitida sino en virtud de un título vicioso”.

En concordancia con esta línea argumental, en el citado acuerdo celebrado en la causa IBM-Banco Nación, se sostuvo que *“tal como tiene dicho la Corte Suprema de Justicia de la Nación, de lo que se trata es de que las leyes no afecten derechos adquiridos de orden patrimonial, porque, en tal caso, se vería afectada la garantía constitucional de la propiedad (CSJN, 27/4/1928, J.A., T. 27, p. 435; 24/7/1931, J.A., T. 36, p. 24; 31/8/1925, J.A., T. 17, p. 18; 15/12/1944, L.L., T. 37, p. 401, entre muchos otros, citados por, Borda, Guillermo, ob. cit., p. 168)”. Y a continuación se agregó que “mal se puede afirmar que, en un supuesto como el de autos, se pueda ver afectado algún derecho adquirido de orden patrimonial, toda vez que la calidad de “adquirido” que tiene un derecho “...proviene directamente de alguno de los actos jurídicos que se la confieren (ley, contrato, acto administrativo, sentencia, etc.), y no depende del hecho “material” de que un bien este realmente en “posesión” de quien titulariza el derecho adquirido” (Bidart Campos, Germán, Tratado elemental de derecho constitucional argentino, T. I-B, Ediar, Buenos Aires, 2006, p. 357 y s.s.), por lo que mucho menos puede provenir de un hecho ilícito”.*

C) Síntesis de la cuestión atinente a la relación entre el decomiso y el principio de legalidad

Luego de la reseña de los artículos del CC realizada, se ve claramente como los principios de la restitución de bienes derivados de un delito y que de un acto ilícito no puede alegarse ningún derecho, estaban incorporados en nuestro ordenamiento jurídico interno mucho antes de la sanción de las leyes 25.188 y 25.815 y de la firma de la CNUCC. Por tal razón mal podría hablarse de una aplicación retroactiva de una ley posterior en perjuicio de un derecho de propiedad.

Ahora bien, si como anteriormente se vio, la posibilidad de restituir los bienes derivados de un delito surgía claramente de las disposiciones del CC, podría cuestionarse qué sentido tenía entonces que el Código Penal haya incorporado la acción de decomiso contra las cosas que resultaron ser el producto o ganancia de un delito. Sin embargo, la gran trascendencia de la reforma del Artículo 23, a partir de la redacción de la ley 25.188, es de orden procesal.

En ese sentido, la novedad incorporada en el CP, a partir del año 1999, fue que gracias a la reforma del Art. 23 se habilitó a los jueces penales que entienden en las causas de corrupción, a perseguir las ganancias ilegítimas derivadas de un delito. Esta acción es uno de los mecanismos legales que tiende a lograr el recupero de activos derivados de acciones ilícitas. A través de esta vía ya no hay necesidad, como única vía para lograr el recupero de activos, de instarse una acción civil de resarcimiento, ni una acción de repetición de un pago obtenido por medios ilícitos o una declaración de nulidad de un acto administrativo; mecanismos que aún hoy se mantienen vigentes, sin perder su virtualidad jurídica, pero que, en definitiva, son independientes del decomiso y este último no excluye a los otros, como así tampoco sucede del modo inverso.

Que se trate de acciones independientes no siempre significa que ellas sean dirigidas contra cosas o bienes distintos. No puede pecarse de obstinado y plantearse la independencia entre estas medidas deduciendo que cada una ataca activos diferentes. Es cierto que en algunos casos el beneficio ilegítimo obtenido por una persona puede ser idéntico al perjuicio sufrido por la contraparte (en los casos de corrupción la contraparte es el Estado), o que en otros casos el primero es uno de los conceptos que integran el segundo. En estos casos, ante la coexistencia, por ejemplo, de una acción de daños y perjuicios y otra de decomiso, no habría un desdoblamiento o multiplicación del objeto atacado. Sino más bien que, cuando ambas acciones sean resueltas, en el momento de su ejecución, habrá una cuestión de prioridad en el cobro. Por tal razón, en caso de coexistir disposiciones que por un lado decreten el decomiso de un

activo y por el otro dispongan el deber de indemnizar un daño, por un valor equivalente a ese activo, habrá que determinarse cuál de ellas es la que tiene preferencia en la ejecución, respecto de la otra.

La solución al problema dado por el orden de prelación en la ejecución, está dada por el Art. 30 del CP, que establece que “la obligación de indemnizar es preferente a todas las que contrajere el responsable después de cometido el delito, a la ejecución de la pena de decomiso del producto o el provecho del delito y al pago de la multa. Si los bienes del condenado no fueren suficientes para cubrir todas sus responsabilidades pecuniarias, éstas se satisfarán en el orden siguiente: 1. La indemnización de los daños y perjuicios. 2. El resarcimiento de los gastos del juicio. 3. El decomiso del producto o el provecho del delito. 4. El pago de la multa”.

11.- MEDIDAS CAUTELARES COMO MECANISMOS EFICACES PARA ASEGURAR UN EVENTUAL DECOMISO

Al ser la sentencia condenatoria -acto formal en el marco de un proceso penal en el que se decide sobre la ocurrencia de un delito y en donde se establece la atribución de responsabilidades de sus autores o partícipes- un requisito ineludible para la concurrencia del decomiso de los bienes producto del delito en los términos del Art. 23 del CP, el ordenamiento legal contempla la posibilidad que desde el comienzo de las actuaciones se adopten embargos⁹¹ o medidas cautelares para inmovilizar o congelar los activos sobre los cuales podrá recaer esa acción.

Ante el gran valor que las acciones de recupero de activos deben presentar en el marco de una investigación criminal, sin lugar a dudas la adopción de medidas tendientes a garantizar la incolumidad del patrimonio, en la medida necesaria para posibilitar, en el supuesto de recaer sentencia condenatoria, el posible decomiso del producto de tales delitos, devienen procedentes y necesarias.

Creemos que la implementación de este tipo de medidas preventivas durante la tramitación de un proceso, con el fin de asegurar un eventual decomiso, constituyen el modo en que el sistema legal argentino se conjuga armónicamente con los compromisos internacionales asumidos en la CNUCC que sugieren la adopción de mecanismos de decomiso sin condena.

⁹¹ En la práctica forense y en la redacción normativa muchas veces se hace referencia al embargo de modo genérico en alusión a las medidas cautelares, cuyo catálogo aquel integra.

Si bien es cierto que la medida cautelar no es una sentencia final, tal cual se analizará más adelante, esta presenta como principal virtud la exigencia de estándares probatorios menos rigurosos para su procedencia.

Dado que la satisfacción instantánea de una pretensión o, en el proceso penal, de llegar a la verdad material de un hecho y la consecuente atribución de responsabilidades, resulta materialmente irrealizable, la ley ha previsto la posibilidad de que, durante el lapso en el que inevitablemente transcurre, entre el inicio de un proceso y la emisión del fallo final, sobrevenga cualquier circunstancia que haga imposible la ejecución o torne inoperante el pronunciamiento judicial definitivo. Frente a ese peligro, el ordenamiento legal instituyó diversas medidas cuya finalidad consiste en asegurar el resultado práctico de la sentencia que debe recaer en el proceso principal⁹². Con cita en Carnelutti, Palacio refiere que *“su fin inmediato está en la garantía del desarrollo o del resultado de un proceso distinto”* y que Calamandrei enunció un concepto semejante cuando dice que *“las medidas cautelares, en tanto se hallan ineludiblemente preordenadas a la emisión de una ulterior resolución definitiva, carecen de un fin en sí mismas. Nacen, en otras palabras al servicio de esa resolución definitiva, con el oficio de preparar el terreno y aportar los medios más aptos para su éxito”*⁹³.

A) Naturaleza de las medidas cautelares

Por ser acciones preliminares y preventivas, la naturaleza de las medidas cautelares no exige a los magistrados el examen de certeza sobre la existencia del derecho pretendido, sino sólo el de su verosimilitud. Por tal razón, el juicio de verdad en esta materia se encuentra en oposición a la finalidad del instituto cautelar, que no es otra cosa que atender a

⁹² Cfr. Lino Enrique Palacio, “Manual de Derecho Procesal Civil”, 17ª Edición, Lexis Nexis, 2003, pág. 772.

⁹³ *Ídem.*

aquello que no exceda del marco de lo hipotético, dentro del cual, asimismo, agota su virtualidad (ver doctrina de la CSJN de Fallos 306:2060).

Estos instrumentos son acciones preventivas de tipo económico tendientes a asegurar la ejecución de la pena pecuniaria, la indemnización de la reparación civil y las costas del proceso⁹⁴. Por lo tanto, este mecanismo se presenta como una solución idónea, ajustada y razonable, a los fines del decomiso; ello, toda vez que se orienta a inmovilizar el patrimonio de los imputados y/o de las personas jurídicas beneficiarias del actuar doloso de sus representantes y, finalmente, a evitar que las personas sospechadas de maniobras ilícitas realicen evasiones tendientes a ocultar y dificultar su detección y este resulta ser la única garantía de la hipotética indemnización civil y las costas, amén del decomiso del producto o provecho del delito⁹⁵.

B) Verosimilitud en el derecho

La procedencia de las medidas cautelares exige la existencia de una verosimilitud en el derecho. Esta situación, por tratarse de una formulación meramente hipotética o probable, requiere de estándares probatorios menos exigentes que los necesarios para el dictado de una sentencia condenatoria en la que, a diferencia de las cautelares, se debe contar con una certeza absoluta acerca de los hechos examinados, sobre los cuales no podrá existir manto de duda alguno.

En ese sentido, Lino Palacio describe que *“el otorgamiento de una medida cautelar no requiere la prueba terminante y plena del derecho invocado, porque si así fuese podría ocurrir que, ínterin,*

⁹⁴ Cfr. Art. 518 del CPPN.

⁹⁵ El Art. 30 del CP establece que *“la obligación de indemnizar es preferente a todas las que contrajere el responsable después de cometido el delito, a la ejecución de la pena de decomiso del producto o el provecho del delito y al pago de la multa. Si los bienes del condenado no fueren suficientes para cubrir todas sus responsabilidades pecuniarias, éstas se satisfarán en el orden siguiente: 1. La indemnización de los daños y perjuicios. 2. El resarcimiento de los gastos del juicio. 3. El decomiso del producto o el provecho del delito. 4. El pago de la multa”*.

se consumen los hechos que precisamente tiende a impedir. Basta por consiguiente, la simple apariencia o verosimilitud del derecho (fomus boni iuris), a cuyo efecto el procedimiento probatorio es meramente informativo y sin intervención de la persona contra la cual se pide la medida”⁹⁶.

Respecto de la intervención en el proceso cautelar del sujeto pasivo –persona contra quien se solicita la medida-, el Art. 198 del CPCCN establece que *“las medidas precautorias se decretarán y cumplirán sin audiencia de la otra parte”*.

Para determinarse la presencia de este requisito, si bien sus exigencias probatorias de procedencia son más flexibles, es necesario determinar caso por caso, cuáles son los elementos que permitan presumir la conjetura pretendida.

En los casos de corrupción donde las medidas cautelares se dirigen contra personas de existencia ideal, para garantizar el eventual decomiso de los bienes producto del delito, previsto por el Art. 23 del CP, el hecho de que sus mandatarios o representantes se encuentren indagados o procesados en una causa por un delito que suponga un perjuicio para la Administración Pública, resulta ser un claro indicio para acreditar esa verosimilitud.

Luego, respecto de la prueba de que el ente ideal sea el beneficiario de las ganancias del delito, entre muchos otros indicios, podrán argumentarse situaciones concretas como por ejemplo, una diferencia sustancial entre los montos presupuestados para un contrato, con los finalmente percibidos por el contratista; o la detección de transferencias bancarias que por sus montos sean extrañas al giro normal de la empresa; o la incorporación al patrimonio de la entidad de bienes que no se encuentran relacionados con su actividad comercial; o la prueba de la existencia de un margen de utilidad bruta desmedido en comparación

⁹⁶ Palacio, Lino E., *Op Cit.*, pág. 773.

con la rentabilidad normal y habitual del mercado en el que la empresa se desenvuelve.

Para detectar esas pistas que permitan justificar la procedencia de la medida, no existen estándares o parámetros generalizados, sino que los mismos deberán ser escrutados caso por caso.

Como bien se hizo referencia, lo que se requiere para justificar la verosimilitud en el derecho es una mera formulación hipotética, la existencia de un peritaje técnico o contable tendiente a establecer las condiciones anteriormente descritas, de ningún modo constituye una condición *sine qua-non* para acreditar la verosimilitud del derecho en la instancia cautelar. Por lo general el estudio pericial es un elemento que consume un prolongado tiempo para su producción. Por tal razón, vemos que muchas veces este tipo de pruebas, si bien pueden resultar necesarias en otras instancias del proceso, respecto del trámite de medidas cautelares pueden convertirse en un atascadero ya que uno de los elementos que hace verdaderamente efectiva a la medida cautelar es la celeridad con la que la misma es decretada, siendo el transcurso del tiempo una causal que puede llegar a entorpecer la acción pretendida.

C) Peligro en la demora

El peligro en la demora está dado, principalmente, por la prevención de toda persona que, al encontrarse sometida a proceso, intente insolventarse para evadir la acción de la justicia contra su patrimonio. En igual sentido se podría suponer que las personas jurídicas, cuyos principales ejecutivos se hallen implicados en casos de corrupción, adoptarían previsiones similares a la de sus dependientes.

Sin embargo, si se los presenta de manera independiente, esos indicios no son suficientes para la procedencia de una medida cautelar. Para ello también es necesario demostrar, tal como se describió

en el apartado anterior, la verosimilitud del derecho. Ambos elementos, verosimilitud y peligro en la demora, se hallan tan íntimamente vinculados entre sí que, a mayor verosimilitud del derecho cabe ser menos exigente con la demostración del peligro en la demora y viceversa, pero ello es posible cuando, de existir realmente tal verosimilitud, se haya probado en forma mínima el peligro en la demora mencionada.

Sobre esta cuestión, como argumento de defensa, no cabría la comprobación acerca de la solvencia o la buena situación económico-financiera de una gran corporación o una empresa en particular. Al respecto, debe tenerse en cuenta que si la medida cautelar es provisoria, porque se encuentra sujeta a la conclusión final del proceso a través de la sentencia y que esa resolución final puede demandar un largo proceso, la situación presentada al momento del inicio o durante la sustanciación de las actuaciones puede fácilmente modificarse mientras transcurra el tiempo. Por ejemplo, si una empresa tiene una sede y activos en el país, sin una medida concreta que resguarde esos bienes, en un momento posterior tranquilamente podría decidir continuar con sus negocios cambiando de jurisdicción haciendo que, sin una afectación patrimonial específica, la eventual acción de recuperación se torne ineficaz o más complicada.

Con buen tino, en la resolución ya comentada que decretó el embargo preventivo contra la firma “Skanska” prestó una especial atención en una probable situación futura de la sociedad, ya que se entendió que *“se haya presente aquí también el peligro en la demora, toda vez que sin perjuicio de la situación económica que presenta a la fecha la firma Skanska, la necesidad de asegurar a futuro la integridad de aquellos bienes o elementos que pudieran ser decomisados, en las condiciones ya mencionadas, reviste la urgencia exigida para la adopción de la medida”*.

D) Provisoriedad y variabilidad de la medida cautelar

Otros de los caracteres propios, que hacen a la índole preventiva de la medida cautelar, son su provisoriedad y la variabilidad o mutabilidad.

En cuanto a carácter provisional o interino del instituto, el Art. 202 del CPCCN, que rige en el procedimiento penal en materia de embargos preventivos⁹⁷, establece que *“Las medidas cautelares subsistirán mientras duren las circunstancias que las determinaron. En cualquier momento en que éstas cesaren se podrá requerir su levantamiento”*. En razón de ello, las mismas se erigen como mecanismos procesales que tienden a impedir que el derecho cuya actuación se pretende pierda virtualidad mientras se sustancia la causa judicial que le sirve de marco, es decir que su objetivo consiste en posibilitar el cumplimiento de la sentencia definitiva a dictarse. De allí deviene una de las características esenciales de la precautoria, cual es su provisoriedad, en tanto su subsistencia y permanencia está condicionada a la vigencia del trámite del juicio principal y al dictado de la resolución que pone fin a la causa.

En tanto, el Art. 203 del mencionado código de procedimientos establece la mutabilidad o variabilidad de la medida precautoria en el sentido que pueden ser revocadas o modificadas siempre que sobrevengan circunstancias que así lo aconsejen. En ese sentido, el texto legal expresa que: *“El acreedor podrá pedir la ampliación, mejora o sustitución de la medida cautelar decretada, justificando que ésta no cumple adecuadamente la función de garantía a que está destinada”*. Por su parte, *“El deudor podrá requerir la sustitución de una medida cautelar por otra que le resulte menos perjudicial, siempre que ésta garantice*

⁹⁷ Ello, de conformidad con el Art. 520 del CPPN, que establece lo siguiente: *“Con respecto a la sustitución del embargo o inhibición, orden de los bienes embargables, forma y ejecución del embargo, conservación, seguridad y custodia de los bienes embargados, su administración, variaciones del embargo, honorarios y tercerías, regirán las disposiciones del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, pero el recurso de apelación tendrá efecto devolutivo”*.

suficientemente el derecho del acreedor. Podrá, asimismo, pedir la sustitución por otros bienes del mismo valor, o la reducción del monto por el cual la medida precautoria ha sido trabada, si correspondiere”.

En ese sentido, al ser la cautelar una herramienta flexible, los bienes que presumiblemente sean el producto del delito y sobre los que se dirigen las acciones de decomiso, pueden ser sustituidos por otros que, desde su valor o significación, puedan ser equiparables. Esta sustitución puede darse tanto a favor de quien solicita la medida por la imposibilidad de afectar un bien determinado, o para el mismo sujeto pasivo o requerido que podrá ofrecer la afectación de los bienes que le sea menos perjudicial.

Por otra parte, conforme a las previsiones del Art. 204 del CPCCN, el juez tiene la facultad de disponer una medida distinta de la solicitada, con el fin de evitar perjuicios o gravámenes innecesarios al titular de los bienes. Haciendo uso de la potestad acordada por el mencionado artículo en el caso “Skanska”, el magistrado actuante, entendió que *“de practicarse las medidas propuestas por la querrela atinentes a hacer efectivo el embargo dispuesto (ya sea mediante la anotación de la medida en el Registro de la Propiedad Inmueble o inmovilizando fondos de cuentas bancarias), podría verse afectado el normal desarrollo de la actividad comercial de la sociedad, en desmedro de sus derechos, situación ésta que no es la querida por la norma aplicada en este supuesto”.* Y, en ese orden de ideas, y conforme al carácter de sustituible de la medida decretada, hizo lugar al reemplazo de la integración del dinero en efectivo, por el aporte voluntario de un seguro de caución.

E) Contra-cautela

Otro de los recaudos de admisibilidad requeridos para la viabilidad de una medida cautelar es la contra-cautela. Este elemento es la

garantía que debe prestar quien ha solicitado la traba de una medida cautelar para garantizar los daños y perjuicios que pudiera ocasionar en caso de haberla pedido sin derecho.

Como la medida cautelar se basa sobre una formulación hipotética, con estándares de procedencia menos rigurosos, y es trabada antes de la sentencia los jueces pueden exigir una suerte de respaldo económico para asegurar, en caso de que la cuestión se resuelva en contra de la pretensión invocada, la reparación del daño que se pueda ocasionar con la traba de la medida cautelar.

En ese sentido, el Art 199 del CPCCN establece que *“la medida precautoria sólo podrá decretarse bajo la responsabilidad de la parte que la solicitare, quien deberá dar caución por todas las costas y daños y perjuicios que pudiere ocasionar en los supuestos previstos en el primer párrafo del artículo 208”*. Estos son los casos en los que el requirente abusó o se excedió en el derecho que la ley otorga para obtener la medida cautelar que pueden dar lugar al pago de los daños y perjuicios ocasionados.

Sin embargo, en el Art. 200, inc. 1, del CPCCN se establece que no se exigirá caución si quien obtuvo la medida fuere la Nación, una provincia, una de sus reparticiones o una municipalidad. El fundamento de esa excepción es que el Estado, ya sea nacional, provincial o municipal se presume solvente y que actúa legítimamente.

A pesar de ello recordemos que según el Art. 203 del CPCCN el *“deudor podrá requerir la sustitución de una medida cautelar por otra que le resulte menos perjudicial, siempre que ésta garantice suficientemente el derecho del acreedor. Podrá, asimismo, pedir la sustitución por otros bienes del mismo valor, o la reducción del monto por el cual la medida precautoria ha sido trabada, si correspondiere”*; o que, según el Art. 204 del CPCCN el juez, *“para evitar perjuicios o gravámenes innecesarios al titular de los bienes, podrá disponer una medida*

precautoria distinta de la solicitada, o limitarla, teniendo en cuenta la importancia del derecho que se intentare proteger”.

Esta cuestión podría llegar a provocar un caso de responsabilidad extracontractual del Estado. Para resolver este asunto creemos que es aplicable al caso la doctrina que sólo admite la responsabilidad del Estado por su actividad jurisdiccional cuando existe un error judicial que es evidente, manifiesto e inopinable; situación que generaría un caso de responsabilidad extracontractual por actividad ilícita.

Creemos que en el fallo “González Bellini”⁹⁸, la Corte Suprema describió con claridad este supuesto de responsabilidad. Allí se determinó que *“Sólo puede responsabilizarse al Estado por error judicial en la medida que el acto jurisdiccional que origina el daño sea declarado ilegítimo y dejado sin efecto”*. Más adelante se indicó que *“La sola anulación o revocación de la sentencia condenatoria dictada en una causa penal, es condición necesaria pero no suficiente para responsabilizar civilmente al Estado por un acto dictado en ejercicio de su función jurisdiccional, pues la reparación sólo procede cuando resulta manifiesta la materialidad de la equivocación, lo que presupone un resultado erróneo, no ajustado a la ley, situación que no se presenta cuando no puede calificarse de equivocada a la actividad jurisdiccional que se limitó a aplicar, sobre la base de presupuestos fácticos y jurídicos cuya certeza no ha sido puesta en tela de juicio por el demandante, la legislación vigente al tiempo de dictarse todos y cada uno de los actos integrantes del proceso que culminó, finalmente, con una fallo condenatorio”*.

En esa misma línea otros fallos han negado la existencia de responsabilidad por parte del Estado frente a situaciones de privación de la libertad en causas donde luego se dictaron nulidades, sobreseimientos y/o absoluciones. En esos casos se ha dicho que *“La indemnización por la privación de la libertad durante el proceso no debe ser*

⁹⁸ G. 848. XXXVII; ORI, “González Bellini, Guido Vicente c/Río Negro, provincia de s/daños y perjuicios”, del 17/03/2009; T. 332, P. 552.

reconocida automáticamente a consecuencia de la absolución sino sólo cuando el auto de prisión preventiva se revele como incuestionablemente infundado o arbitrario”⁹⁹.

En similar sentido, la Procuración del Tesoro de la Nación ha sostenido *“En efecto, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso-Administrativo Federal ha sostenido que la responsabilidad del Estado por actos de sus órganos jurisdiccionales debe quedar circunscripta a los casos en los que el error judicial sea evidente, manifiesto e inopinable”¹⁰⁰.*

En síntesis, entendemos que toda medida cautelar decretada contra un sujeto que resulte ser el beneficiario de un delito por encontrarse en posesión de los bienes que resultaron ser su ganancia, siempre y cuando sea ajustada a los hechos que integran el objeto procesal de una causa penal, ya sea porque que fueron descriptos en un requerimiento fiscal de instrucción, en un auto de procesamiento o en un requerimiento de elevación a juicio, constituirían un ejercicio regular de la función jurisdiccional. Por lo tanto, aún en el caso de que finalmente una sentencia determine la inexistencia del delito investigado o que no pueda llegar a una razonable conexión entre los bienes cautelados y los hechos investigados y la traba de una cautelar pueda ocasionar un gravamen, ella no generaría un supuesto de responsabilidad extracontractual del Estado.

Desde la doctrina, Cassagne sostiene que la responsabilidad en estudio es excepcional, dado que en toda comunidad jurídicamente organizada, sus componentes tienen el deber o la carga genérica de someterse a las decisiones que se adopten en los procesos jurisdiccionales, lo cual lleva consigo la carga de soportar los daños ocasionados por una sentencia desfavorable¹⁰¹.

⁹⁹ Ver Fallos CJJN 327:1738; 328:2780; 328:4175; 329:3894; 329:3806; 329, P. 3176; 330:2112, entre muchos otros.

¹⁰⁰ Ver Dictámenes PTN Tomo 238, Página 388.

¹⁰¹ Cassagne, Juan C., Derecho Administrativo, Ed. Abeledo-Perrot, 1996, Tomo I, pag.302.

Otra corriente podría llegar a sostener que si no se trata de un caso de responsabilidad por error judicial, se estaría frente a un caso de responsabilidad por actividad judicial lícita. En ese sentido debe indicarse que si bien la doctrina mayoritaria admite la procedencia de la responsabilidad del Estado causada por la actividad lícita, respecto del Poder Ejecutivo y del Poder Legislativo, no lo hace con la misma amplitud cuando se trata de daños provocados por el actuar del Estado en su faz jurisdiccional. Un importante sector doctrinario no admite la procedencia de la responsabilidad del Estado por su actividad judicial lícita (Marienhoff, Miguel S., Tratado de Derecho Administrativo, Tomo. IV, Ed. Abeledo-Perrot, 1973, pág. 764; Escola, Héctor J., Compendio de Derecho Administrativo, Volumen II, Ed. Depalma, 1984, pág. 1140; Altamira Gigena, Julio I., Responsabilidad del Estado, Ed. Astrea, 1973, pág. 163; Maiorano, Jorge Luis, "Responsabilidad del Estado por los errores judiciales: otra forma de proteger los derechos humanos", LL 1984-D- 986).

En ese sentido El Dr. Gustavo A. Bossert ha dicho que *“No puede responsabilizarse al Estado por su actividad lícita en tanto que la actividad desplegada en el proceso judicial representa el ineludible cumplimiento del deber, a cargo del Poder Judicial, de desentrañar la verdad para aplicar al caso la legislación vigente y cumplir así el mandato constitucional de “afianzar la justicia”, lo que determina la existencia de una carga general de contribución al logro de ese objetivo”*¹⁰². O que *“No cabe extender a la actividad desplegada en un proceso judicial las soluciones adoptadas en cuanto al resarcimiento de perjuicios sufridos a consecuencia de la actividad lícita del Estado cumplida en ejercicio del poder de policía, en la cual se trata de consecuencias que provienen de la estimación que se efectúa con discrecionalidad sobre lo que resulta conveniente al bien común”*¹⁰³.

¹⁰² Voto del Dr. Gustavo A. Bossert en Fallos 321:1712.

¹⁰³ Voto del Dr. Bossert en Fallos 317:1233.

12.- MOMENTO EN QUE PUEDE SOLICITARSE LA AFECTACIÓN PATRIMONIAL

En este capítulo deseamos resaltar la importancia de la celeridad con que los investigadores deben encarar las acciones para localizar e inmovilizar los activos de los imputados, o de los sujetos que se encuentren en poder de los bienes resultantes de un delito. Al respecto, es preciso tener claro que la premura o el retardo en la traba de las medidas cautelares puede definir el éxito o el fracaso, respectivamente, de cualquier sanción de contenido económico en un proceso penal.

El transcurso del tiempo es un factor determinante que, por lo general, opera en favor de aquellas personas que sintiéndose amenazadas harán todo lo posible para sustraer de su patrimonio los bienes sobre los cuales podría recaer una afectación patrimonial. Por ese motivo, la inmediata localización y el rastreo de los bienes susceptibles de ser decomisados debe constituir una prioridad desde el inicio de las investigaciones, puesto que de lo contrario, se corre el riesgo de que al concluir los procesos los jueces se hallen frente a millonarios defalcos, pero con pobres o nulas restituciones y en donde los implicados se vean realizados y el provecho del delito, finalmente consumado.

Respecto del rastreo de bienes, dado a que muchas veces aquellos que trasgreden las leyes buscan esconder sus botines fuera del país, es de vital importancia fortalecer y hacer más accesibles los mecanismos de cooperación internacional con el fin de detectar y eliminar las trabas o dificultades que hacen que los requerimientos de asistencia resulten lentos y engorrosos.

Sobre la importancia que presenta la agilización de los mecanismos de cooperación internacional se viene observando a nivel mundial una tendencia para fomentar redes de cooperación informales en las cuales sus miembros se puedan brindar información y asistencia en la localización y rastreo de activos de manera rápida y sin restricciones formales. Un ejemplo de este tipo de redes de cooperación es el denominado grupo CARIN (Camden Asset Recovery Inter-Agency Network)¹⁰⁴, que comenzó a funcionar en el año 2004. La red CARIN actualmente se encuentra integrada por la EUROPOL (agencia policial internacional en el ámbito de la Comunidad Europea), 46 países, mayoritariamente europeos y 8 organismos internacionales. Esta red permite que una representante de una agencia que la integra pueda comunicarse directamente con las agencias de otros países miembros y obtener información que le ayude a detectar y rastrear activos de manera rápida y eficiente para tener éxito en sus investigaciones.

Volviendo al plano local y al momento en que las investigaciones de contenido patrimonial y las consecuentes afectaciones de bienes deben ser llevadas a cabo, es de vital importancia desterrar la concepción generalizada de que únicamente, luego del dictado de un auto de procesamiento, las medidas cautelares como el embargo son precedentes. Claramente vimos en los capítulos anteriores como el ordenamiento legal válidamente permite este tipo de acciones en las instancias preliminares.

Los últimos párrafos del Art. 23 del CP son claros, en cuanto establecen que: *“El juez podrá adoptar desde el inicio de las actuaciones judiciales las medidas cautelares suficientes para asegurar el decomiso del o de los inmuebles, fondos de comercio, depósitos, transportes, elementos informáticos, técnicos y de comunicación, y todo otro bien o derecho patrimonial sobre los que, por tratarse de instrumentos o efectos relacionados con el o los delitos que se investigan, el decomiso*

¹⁰⁴ Este grupo lleva el nombre del *Camden Court Hotel*, de la ciudad de Dublín, lugar en que se celebró la conferencia en donde esta red fue ideada.

presumiblemente pueda recaer. El mismo alcance podrán tener las medidas cautelares destinadas a hacer cesar la comisión del delito o sus efectos, o a evitar que se consolide su provecho o a obstaculizar la impunidad de sus partícipes. En todos los casos se deberá dejar a salvo los derechos de restitución o indemnización del damnificado y de terceros”.

Ya que esta no es una medida que importe un prejuzgamiento sobre cuestiones que resulten medulares para la resolución del fondo de un caso, toda vez que sólo requieren de un estándar de probabilidad y que las mismas son de carácter provisorio y mutable, las mismas pueden ser decididas en cualquier instancia del proceso, sin ningún tipo de impedimento legal.

En razón de ello, una vez que se encuentren reunidos los elementos necesarios para justificar la verosimilitud en el derecho y mínimamente el peligro en la demora, resulta primordial la adopción de medidas cautelares en el proceso penal, con miras a inmovilizar activos como la mejor garantía de contar, en el momento de imponerse la condena y disponerse la reparación de los daños, el decomiso de los bienes que resultaron el beneficio de un delito o las costas del proceso, con bienes suficientes para cubrir esos conceptos.

13.- MEDIDAS CAUTELARES CONCRETAS

Frecuentemente suele confundirse a la medida cautelar con el embargo, como si fueran dos términos que responde a un mismo concepto. En razón de verdad ellos no son sinónimos, sino que el segundo es sólo una de las tantas medidas que pueden integrar el catálogo de medidas cautelares. En efecto, el embargo preventivo constituye la medida cautelar en cuya virtud se afectan e inmovilizan uno o varios bienes a fin de asegurar la eficacia práctica de las sentencias que se dicten en los procesos en las que se trava¹⁰⁵. La garantía que otorga el embargo es que una vez inmovilizados los bienes y luego de dictado el decomiso, esos activos pueden ser susceptibles de ejecución forzosa.

Al respecto, en el Art. 2, inciso f), del la CICC se definió al embargo en los siguientes términos: *“Por ‘embargo preventivo’ o ‘incautación’ se entenderá a la prohibición temporal de transferir, convertir, enajenar o trasladar bienes, o de asumir la custodia o el control temporales de bienes sobre la base de una orden de un tribunal u otra autoridad competente”*.

En cierto sentido, el embargo cumple un papel semejante a la afectación convencional de determinados bienes emergentes de la constitución de un derecho real de garantía, como una hipoteca o una prenda, pero con la salvedad de que el primero requiere de una resolución judicial.

Entre los efectos producidos por el embargo se encuentran la individualización e inmovilización de uno o más bienes del

¹⁰⁵ Palacio, Lino E., Op. Cit., pág. 781.

imputado y/o de la persona que resulte beneficiaria de las ganancias de un delito y asegurar que el importe resultante de su eventual realización, mediante la ejecución forzosa, se destine a la satisfacción de la sentencia condenatoria y/o al decomiso. Sin perjuicio de ello, el embargo no supone el desapoderamiento de los bienes afectados, sino que ellos continúan siendo de propiedad de sus titulares hasta el momento de su realización. En ese sentido, el embargo opera como una restricción al dominio, ya que su titular se encuentra impedido de ejecutar actos que impliquen disminuir la garantía que los bienes afectados a la medida cautelar representan. El embargo afecta la cosa en sí, por eso, si el bien es transferido, el embargo se transmite con ella, siendo el contrato inoponible al embargante.

Tratándose de bienes inmuebles o muebles registrables (automóviles, aeronaves, buques), para practicar el embargo, bastará con la anotación de la medida en el registro de la propiedad pertinente. Respecto de los primeros debe tenerse en cuenta que, conforme al Art. 37, inc. b), de la Ley 17.801, las anotaciones de documentos que disponen embargos, inhibiciones y demás providencias cautelares, caducan de pleno derecho a los cinco años contados desde su anotación.

Respecto de los bienes muebles en general, el embargo puede practicarse mediante el depósito de las cosas a la orden del juez o nombrar un depositario judicial de la cosa, que será responsable por los daños que sufran los bienes y por las pérdidas e intereses derivados del incumplimiento de la obligación asumida.

En principio, la regla general en materia de embargo sería que todos los bienes muebles e inmuebles, tangibles e intangibles son susceptibles de embargo y, consecuentemente, de ejecución forzada. Sin embargo este principio encuentra varias excepciones que provienen en algunos casos de las propias leyes y en otros, de la determinación casuística de cada caso particular. En primer lugar son inembargables y no pueden ejecutarse los bienes públicos y privados de la Nación. Tampoco son ejecutables los bienes públicos de las provincias y/o los municipios. A

diferencia de la Nación respecto de los últimos si pueden embargarse sus bienes privados, siempre y cuando no se encuentren afectados a servicios públicos determinados. Las otras limitaciones legalmente previstas para la procedencia del embargo son los casos previstos en el Art. 219 del CPCCN¹⁰⁶.

Entre las excepciones previstas por ley se encuentran, por ejemplo, los bienes inmuebles declarados “bien de familia”, conforme Art. 38 de la Ley 14.349, siempre y cuando se trate de hechos posteriores a la inscripción como tal. Otra limitación está dada por la Ley de Contratos de Trabajo –Ley 20.744- que excluye del embargo a los salarios, sueldos, jubilaciones y pensiones que no excedan de determinada cantidad¹⁰⁷ y, respecto de los que superen esa cantidad, puede embargarse hasta un determinado porcentaje¹⁰⁸. La norma que regula los porcentajes que pueden ser embargados es el Decreto 484/87¹⁰⁹.

Por otra parte, el Art. 219 del CPCCN establece unas pautas para excluir el embargo que requieren de la interpretación de cada caso concreto. Esas pautas son la indispensabilidad de las ropas y muebles del lecho cotidiano, y los instrumentos necesarios para la profesión. En el primer supuesto la jurisprudencia se ha circunscripto a aquellos bienes que se atienen al nivel medio de vida alcanzado por la población, desechando la posición social o el nivel de vida del titular de los bienes embargados. Por lo tanto, el beneficio de la inembargabilidad no alcanza a bienes que cumplen una mera función de esparcimiento y no son indispensables, tales como la televisión o los equipos de audio. En ese sentido, pueden ser

¹⁰⁶ Art. 219. – “No se trará nunca embargo: 1) En el lecho cotidiano del deudor, de su mujer e hijos, en las ropas y muebles de su indispensable uso, ni en los instrumentos necesarios para la profesión, arte u oficio que ejerza. 2) Sobre los sepulcros, salvo que el crédito corresponda a su precio de venta, construcción o suministro de materiales. 3) En los demás bienes exceptuados de embargo por ley. Ningún otro bien quedará exceptuado”.

¹⁰⁷ Según el Art. 120 de la LCT el salario mínimo vital y móvil es inembargable en la proporción que establezca la reglamentación.

¹⁰⁸ Cfr. Art. 147 LCT.

¹⁰⁹ Del 26/03/1987.

embargados los muebles que constituyen elementos de simple adorno u ornato como los cuadros y las estatuas¹¹⁰.

Respecto de los instrumentos necesarios para la profesión, arte u oficio, se ha dicho que la protección alcanza a las herramientas, implementos y útiles de trabajo indispensables para el desenvolvimiento de aquellas actividades. Sin embargo no alcanza a las instalaciones, instrumental mecánico y maquinarias que forman el patrimonio de un establecimiento comercial o industrial, porque en tal caso aparece configurada una acumulación de capital o una empresa mercantil que excede el marco delineado por el Art. 219 del CPCCN¹¹¹.

Respecto de los bienes que pueden ser afectados por la medida cautelar, el Art. 23 del CP, expresamente se refiere a *“las medidas cautelares suficientes para asegurar el decomiso del o de los inmuebles, fondos de comercio, depósitos, transportes, elementos informáticos, técnicos y de comunicación”*. Esta enumeración no es taxativa ya que luego indica que también estarán alcanzados por la medida cautelar *“todo otro bien o derecho patrimonial sobre los que, por tratarse de instrumentos o efectos relacionados con el o los delitos que se investigan, el decomiso presumiblemente pueda recaer”*.

Para garantizar una futura confiscación de bienes un juez también podría autorizar la constitución privada de una prenda o una hipoteca a favor del órgano judicial que se encuentre a cargo de la investigación o juzgamiento del delito. Asimismo, la justicia tiene facultades para disponer la inmovilización o congelamiento de fondos bancarios y su transferencia a cuentas judiciales o cuentas especialmente puestas a disposición de la justicia, que permanecerán en ese estado hasta la resolución final del caso.

¹¹⁰ Ver Palacio Lino, E., *Op. Cit.*, pág. 676.

¹¹¹ *Ídem*.

Pero, además de esas medidas, el Poder Judicial igualmente cuenta con amplios poderes de intervención en las actividades comerciales de una empresa, pudiendo ordenarse una intervención judicial de un directorio de una sociedad anónima; la administración conjunta, o con un veedor, de una explotación comercial, unidad de negocios o fondo de comercio. Sin intervenir en el manejo de la administración societaria, también se podrán decretar medidas de no innovar, tendientes a la no realización de determinados actos que puedan ir en perjuicio del patrimonio del ente o, directamente podrá proceder al secuestro de equipos o cosas no registrables de valor y nombrar un depositario judicial que se ocupe de la guarda y mantenimiento de la cosa.

14.- ADMINISTRACIÓN Y DISPOSICIÓN FINAL DE LOS BIENES DECOMISADOS

Las cuestiones atinentes a la custodia y disposición de los bienes objeto de secuestro en causas penales de competencia de la justicia nacional y federal deben ajustarse a las previsiones de la Ley 20.785, del 11 de octubre de 1974. Por ejemplo allí se establece que el dinero, títulos y valores secuestrados deberán depositarse en entidades bancarias (Banco de la Ciudad de Buenos Aires o Banco de la Nación Argentina, según que el asiento del Tribunal esté en la Ciudad de Buenos Aires, o en el interior del país), en cuentas especiales pertenecientes a la causa en donde tramita el hecho motivo del secuestro.

Respecto de los activos físicos secuestrados, el Art. 3° establece los mecanismos para disponer de los mismos, dejándose a salvo, de manera genérica, la entrega a quienes tengan derechos sobre los mismos¹¹². Entre esos mecanismos se encuentran la subasta pública, la entrega de activos de interés científico o cultural a entidades reconocidas con antecedentes en la materia o la entrega de aeronaves a las autoridades aeronáuticas, entre otras. En los casos de subastas, el artículo prevé que los importes provenientes de ellas se depositarán en las cuentas judiciales antes mencionadas.

Cuando en forma genérica la ley menciona a las personas que tengan derechos sobre los bienes secuestrados, se refiere a los sujetos titulares o poseedores de los efectos secuestrados y que, por no haberse

¹¹² Debe recordarse que el Art. 23 del CP deja a salvo de la acción de decomiso a los derechos de restitución o indemnización del damnificado y de terceros.

acreditado su participación en un delito o que ellos no constituirían su producto, corresponda su devolución. Por otro lado son sujetos con derechos sobre los bienes secuestrados, o su producido, aquellos que resultaron víctimas del delito que tienen el derecho a la restitución de las cosas sustraídas o a la reparación del daño. Finalmente dentro de esta categoría de sujetos con derechos sobre los efectos secuestrados, en función del Art. 23 del CP, en los casos que se haya decidido el decomiso de bienes, pueden incluirse al Estado Nacional, o a las provincias y municipios.

Por otro lado, debe tenerse en consideración que mediante el Art. 3, inc. b) de la Ley 23.853, que establece los recursos que integran el presupuesto de gastos y recursos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, se ha determinado que *“son recursos específicos, propios del Poder Judicial de la Nación, afectados al presupuesto de gastos e inversiones, entre otros, los efectos secuestrados en causas penales, los objetos comisados y todo otro ingreso que no teniendo un destino determinado se origine en causas judiciales”*.

Luego, a través de su acordada N° 37/91, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, recogió la facultad de preparar su presupuesto de Gastos y Recursos, incluyendo esos bienes como recursos específicos que integran su patrimonio.

Como excepción a este régimen general de disposición de bienes objeto de comiso, puede mencionarse lo establecido por el Art. 39 de la Ley de Estupefacientes, Ley 23.737, en cuanto prevé que *“salvo que se hubiese resuelto con anterioridad, la sentencia condenatoria decidirá definitivamente respecto de los bienes decomisados y de los beneficios económicos a que se refieren los artículos 25 y 30. Los bienes o el producido de su venta se destinarán a la lucha contra el tráfico ilegal de estupefacientes, su prevención y la rehabilitación de los afectados por el consumo. El mismo destino se dará a las multas que se recauden por aplicación de esta ley”*. Debe indicarse que, a nivel nacional, el organismo

responsable de coordinar las políticas de lucha contra las drogas y las adicciones es la Secretaría de Programación para la Prevención de la Drogadicción y la Lucha contra el Narcotráfico (Sedronar), dependiente de la Presidencia de la Nación, a la que deben transferírsele todos los bienes provenientes de la inversión, venta, subasta o pignoración, del beneficio económico obtenido de los delitos reprimidos por la Ley de Estupefacientes.

Dejando de lado la excepción recién apuntada y en función de las normas anteriormente sintetizadas, si bien los reclamos que intentan que los fondos recuperados sean aplicados a instituciones de fin o utilidad pública, como hospitales o escuelas, resultan razonables y justificados en orden al principio de justicia que tras ellos se erige, no puede negarse que los jueces se ven impedidos de fallar o fundar sus decisiones jurisdiccionales en contra de las previsiones legales vigentes.

En este contexto, la CSJN, como cabeza del Poder Judicial de la Nación y titular de los fondos o bienes recuperados, es entonces la que, en cada caso concreto, podría satisfacer el justo pedido de la sociedad y destinar esos bienes a entidades cuya actividad tenga un impacto inmediato en el bienestar social. Para ello, mediante acordadas o resoluciones podría disponer la asignación de los recursos decomisados a favor de fines distintos al incremento del patrimonio del Poder Judicial. En cada caso, el Máximo Tribunal tendría que evaluar si es socialmente más conveniente favorecer una mejor administración de justicia o a fomentar la salud, educación, seguridad, etc.

Por tal razón, junto con quienes han formulado esas peticiones, creemos que este es uno de los puntos centrales sobre los que el recupero de activos o las acciones de decomiso merecen un nuevo debate y la instrumentación de reformas legislativas.

Cabe aquí recordar lo manifestado por la Sala IV de la Cámara Nacional de Casación Penal en el fallo dictado en la ya citada causa

“ALSOGARAY”, en cuanto se sostuvo que “Respecto de delitos de corrupción, puede considerarse que el decomiso cumple una función reparatoria del daño social causado, por lo que resulta importante otorgarle un sentido de restauración de la justicia y restablecimiento del equilibrio perdido, destinado a recuperar para la comunidad los activos obtenidos o utilizados en la comisión de delitos socialmente dañosos.

El reconocimiento de ese papel reparador del daño social fue también previsto en el proyecto de ley presentado en el año 2008, ante las comisiones de legislación penal, legislación general y presupuesto y hacienda de la Cámara de Diputados de la Nación, por el Diputado Oscar Massei¹¹³. Dicho proyecto, además de la incorporación al Código Penal de un mecanismo de decomiso previo a la sentencia para los casos cometidos en perjuicio de la administración pública –corrupción- o aquellos delitos vinculados con la criminalidad económica, al narcotráfico, trata de personas u otras formas de crimen organizado, diseña un novedoso sistema de custodia, administración y disposición de los bienes decomisado. Ese proyecto, en el orden federal, le asigna esas tareas al Consejo de la Magistratura, con el control de la OA e impone un mecanismo de sesiones públicas para determinar la asignación de bienes a entidades nacionales, provinciales o entidades sin fines de lucro que lo requieran expresando las razones por las que solicitan la asignación y los propósitos y fines de utilidad a que afectarán los bienes.

¹¹³ Ver trámite parlamentario N° 068 del 18/06/2008, que puede ser consultado en el sitio de la Cámara de Diputados de la Nación:

<http://www1.hcdn.gov.ar/proyxml/expediente.asp?fundamentos=si&numexp=3245-D-2008>

14 .B.- EL CASO “ALSOGARAY”

Para concluir este capítulo nos pareció importante hacer una breve reseña sobre los distintos planteos, criterios y soluciones adoptadas en la ejecución de la sentencia dictada por el Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 4 (TOF 4), de la Ciudad de Buenos Aires, el 31 de mayo de 2004, en la causa N° 648, caratulada “ALSOGARAY, María Julia y otros s/ presunto enriquecimiento ilícito”, del Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 4¹¹⁴.

La importancia de este caso, más allá de la significación del monto decomisado y de la especial relevancia de la funcionaria condenada, radica en que fue la primera condena dictada, en el ámbito de la justicia federal de la Capital Federal, por un caso de corrupción, en la que un tribunal oral dispuso el decomiso de los efectos provenientes del delito. Por tal razón, ante la falta de previsiones legales que regulen la materia, consideramos que las pautas allí seguidas podrán servir de modelo para futuros casos y, sobre todo, esperamos que la experiencia recogida sea de utilidad para la proyección de reformas legislativas que contemplen y regulen el arduo trámite para lograr la ejecución de los bienes objeto de decomiso; situación que hoy presentaría un vacío normativo.

1.- Para comenzar con esta reseña mencionaremos algunos de los argumentos centrales de la sentencia, esgrimidos por el Tribunal para imponer el decomiso de los efectos del delito. De este modo, en el punto quinto de los considerandos de la mayoría compuesta por los Dres. Leopoldo Bruglia y María Cristina San Martino, se determinó que “*el Art. 23 del C.P. (ley 11.179, restablecido por ley 23.077), vigente a la fecha de comisión del hecho materia de juzgamiento, establecía que ‘la condena*

¹¹⁴ Debemos agradecer muy especialmente a los jueces, secretarios y empleados del Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 4, de la Ciudad de Buenos Aires, por su excelente predisposición y por toda la colaboración prestada, ya que las experiencias y las apreciaciones personales que nos transmitieron, junto con el material que nos facilitaron resultaron esenciales para poder redactar estas líneas.

importa la pérdida de los instrumentos del delito, los que, con los efectos provenientes del mismo, serán decomisados...¹¹⁵.

Al mismo tiempo afirmaron que existe consenso en considerar que la naturaleza jurídica de este instituto es la de una pena accesoria. Luego de efectuar una concisa síntesis del origen y la evolución del decomiso, mencionaron que las sucesivas reformas legales *“ampliaron el ámbito del instituto (incluyendo el concepto de ganancias del producto del delito)”*, solucionándose, por ejemplo, *“una antigua controversia respecto de si era posible el decomiso en penas de cumplimiento condicional y tratan una casuística que aporta solución a algunos temas no previstos expresamente en el texto anterior y se manifiesta sobre la posibilidad de adoptar medidas cautelares”*.

Para los Dres. Brulgia y San Martino, según la ley vigente al momento del hecho –Ley 23.077-, el texto normativo establecía claramente que la condena importaba el decomiso de los efectos provenientes del delito. Además agregaron que *“el alcance del término efectos no ha sido cuestionado mayormente por la doctrina, existiendo consenso en cuanto a que se refiere al producto del delito o al dinero, cosa u objeto obtenido por el hecho punible, denominados clásicamente como los producto sceleris”*.

Luego agregaron que *“el término efectos aludido en la redacción del Art. 23 del C.P. comprende al bien objeto del delito y la finalidad del decomiso es evitar que el autor del delito se beneficie con los efectos provenientes de su obrar ilícito (Creus: Manual de derecho penal, p. 518)”*.

¹¹⁵ Sobre la imposición del decomiso, el Dr. Vaccare, en disidencia, sostuvo que el ilícito en cuestión –enriquecimiento ilícito de funcionario público- no es susceptible de decomiso dado que éste lo es sobre los instrumentos del delito, es decir los elementos utilizados para cometerlo, o sobre los efectos provenientes del mismo. Respecto del segundo supuesto consideró que el enriquecimiento no es efecto proveniente del delito sino que, por el contrario, el patrimonio que no pudo justificarse es lo que constituye el delito.

Por otra parte, respecto de la controversia de si el decomiso puede alcanzar a los objetos que son adquiridos o que sustituyen al producto del delito, la mayoría refirió que compartía la postura que entiende que los efectos indirectos del delito, esto es los objetos adquiridos con lo directamente obtenido por él, son alcanzados por el concepto legal; y fundaron esa posición en el *“sentido ético que debe tener la norma para impedir que el autor del ilícito pueda seguir disfrutando de lo que por él obtuvo, ya que carecería de sentido imponer la pena y permitir que el delito siga produciendo sus efectos”*.

Por último, sobre el objeto del decomiso concluyeron que *“ya que el objeto del tipo legal del Art. 268 (2) del C.P., o el producto de ese hecho punible es el enriquecimiento, el patrimonio cuyo crecimiento desmedido no pudo ser justificado y sobre esa materia es donde debe recaer el decomiso”*.

2.- Transcurridos más de cuatro años, desde de que el TOF 4 dictó la sentencia condenatoria y dispusiera el decomiso de los efectos provenientes del delito y luego de agotadas todas las instancias recursivas, con fecha 22 de diciembre de 2008 la CSJN resolvió declarar improcedente el recurso extraordinario federal interpuesto por la defensa de la ex funcionaria condenada. A partir de esa instancia una vez que la causa volvió nuevamente al tribunal de origen comenzó el trámite de ejecución que finalmente concluyó con el remate de un importante bien inmueble y la consecuente afectación de la suma de \$ 3.680.000 en favor de la CSJN.

Para llevar adelante la ejecución de la sentencia y ante la ausencia de previsiones legales en el CPPN, el TOF 4 aplicó supletoriamente las normas del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (CPCCN). Así, el 24 de febrero de 2009 se intimó a la condenada para que, sin perjuicio de la actualización monetaria de las sumas cuyo decomiso se dispuso en la sentencia del 31 de mayo de 2004, deposite los montos nominales decomisados, en una cuenta del Banco Ciudad de

Buenos Aires¹¹⁶ y a disposición del Tribunal; ello, bajo apercibimiento de procederse conforme a las previsiones del Art. 499 del CPCCN, que dispone que consentida o ejecutoriada la sentencia de un tribunal judicial argentino y vencido el plazo fijado para su cumplimiento, se procederá a ejecutarla, a instancia de parte, de conformidad con las reglas que se establecen en capítulo I, del Título I, Libro Tercero del CPCCN.

En la misma fecha el TOF 4 solicitó al Cuerpo de Peritos Contadores de la CSJN que bajo las pautas contables correspondientes se determine el monto que arrojaría la actualización de las sumas de dinero dispuestas en la sentencia, debiendo deducirse los importes abonados por la condenada en concepto de impuestos por dichas cifras.

Ante la intimación cursada la condenada adujo que no disponía de bienes liquidables para cumplir con la entrega requerida y por otra parte sostuvo que la sentencia condenatoria no había formulado una adecuada liquidación de las sumas adeudadas, por lo que no correspondía ninguna actualización del monto decomisado. Frente a esta oposición, el Sr. Fiscal de la causa refirió que el decomiso es un instituto jurídico distinto al de una sentencia que ordena el pago de una suma de dinero, al estilo de las sentencias civiles, sino que *“la expresa exclusión del decomiso de aquellas condenas pecuniarias a las que se refiere el Artículo 516 del CPPN sigue esta misma lógica”*. Agregó que el decomiso es la *“realización económica, de eminente naturaleza penal, del patrimonio procedente de una actividad ilícita. Es una medida por la cual el Estado se apropia de manera definitiva de bienes que sirvieron para cometer un hecho ilícito (“instrumentos”) y/o de aquellos que son producto o ganancia de éste”*. Por ello, entendió que era absolutamente innecesaria la participación de la condenada en el trámite de ejecución y que debía utilizarse la coerción estatal dirigida a la inmediata ejecución de la condena económica ya establecida en la sentencia; solicitando la urgente ejecución de los bienes inmuebles que se encontraban afectados a embargo.

¹¹⁶ Cfr. Ley 20.785.

Escuchadas las partes interesadas, el TOF 4 estableció que ante las dificultades esbozadas por la condenada y tratándose el decomiso decretado de cosas fungibles (dinero), una vez cumplido el estudio para determinar la actualización del monto, se procedería a la ejecución de los bienes embargados en la causa.

3.- Mediante auto de fecha 27 de abril de 2009, el TOF 4 determinó los parámetros concretos para la actualización monetaria y estableció una base concreta para ajustar la actuación de los contadores. En ese sentido, tratándose de una deuda originada por la comisión de un delito, el Tribunal entendió que resultaban de aplicación las normas que rigen para el fuero Civil de la Ciudad de Buenos Aires, en los casos de responsabilidad extracontractual. En ese sentido, entendió que para el caso concreto eran aplicables las pautas del fallo plenario de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de Buenos Aires “Samudio de Martínez, Ladislaa c. Transportes Doscientos Setenta S.A.”¹¹⁷, por lo tanto consideraron que correspondía aplicar la *“tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina”*; además señalaron que en la liquidación a practicarse debería establecerse como la fecha de la mora aquella en la cual se signaron las declaraciones juradas que se tuvieron por inválidas en la sentencia y se fijó la fecha de corte para la actualización requerida.

Establecidas esas pautas, con fecha 12 de mayo de 2009 los peritos intervinientes en la actualización monetaria del monto decomisado emitieron su informe final. En esa oportunidad los profesionales del cuerpo de peritos contadores oficiales y los representantes de la condenada y del Ministerio Público Fiscal arribaron a tres montos diferentes. Las principales diferencias radicaron en los distintos criterios para la determinación de las cifras a deducir en concepto de impuestos y sobre la tasa de interés a aplicarse. Esos diferendos fueron luego zanjados por el TOF 4 mediante auto de fecha 28 de mayo de 2009.

¹¹⁷ Del 20/04/2009 y que produjo una divergencia con el perito contador de la condenada por entender que el Fallo Plenario no podía retrotraer sus efectos al auto que dispuso la actualización monetaria.

En esa oportunidad el Tribunal, luego de un completo análisis jurisprudencial en materia de tasas de interés aplicables, estimó que al momento de fijarse las pautas definitivas de ajuste se encontraba vigente el mencionado fallo plenario “Samudio de Martínez”. En otro orden de ideas, respecto de la aplicación de los fallos plenarios a las situaciones jurídicas previas y no finiquitadas, el Tribunal sostuvo que en materia civil los plenarios son de aplicación inmediata a todas las situaciones jurídicas aún debatidas y no resueltas, y por lo tanto aplicable para el caso concreto. Por último, con relación a las cifras que debían deducirse de los montos actualizados el Tribunal estimó que no correspondía considerar ninguna que exceda el término “impuestos”, ya que los montos por otros conceptos, tales como multas e intereses, excedían el marco legal determinado por la sentencia y que al ser materia ya concluida, no resultaba revisable o modificable.

Con los argumentos recién reseñados el TOF 4 determinó que teniendo en cuenta las pautas fijadas en la sentencia, los cálculos efectuados por los peritos y los parámetros señalados anteriormente, la suma a decomisar –a fecha 30 de abril de 2009- era de \$ 3.179.207,05.

4.- Otra objeción planteada por la defensa de la condenada durante el procedimiento de ejecución del decomiso fue que, según su criterio, el TOF 4 no tenía competencia para entender en la cuestión; ello, por entender que el decomiso, en esencia, constituía una verdadera indemnización por la comisión de un hecho ilícito y, por lo tanto, la cuestión debía ser resuelta por ante la justicia civil. Frente a esa observación el Tribunal consideró que, conforme a las previsiones de los arts. 490¹¹⁸ y 522¹¹⁹ del CPPN, tenía competencia exclusiva para ejecutar el

¹¹⁸ El Art. 490 del CPP es claro en cuanto prevé que “las resoluciones judiciales serán ejecutadas por el tribunal que las dictó o por el juez de ejecución, según el caso, el que tendrá competencia para resolver todas las cuestiones o incidentes que se susciten durante la ejecución y harán las comunicaciones dispuestas por la ley”. Sobre este punto debe destacarse que a partir de la sanción de la Ley 26.371, se modificó el Art. 72 bis de la Ley 24.121, por el cual los Tribunales Orales en lo Criminal Federal de la Capital Federal y en lo Penal Económico deben desempeñar las funciones del juez de ejecución que establece el CPPN.

¹¹⁹ El Art. 522 establece que “cuando la sentencia importe decomiso de algún objeto, el tribunal le dará el destino que corresponda según su naturaleza”.

decomiso dispuesto en la sentencia. Sobre el punto de la naturaleza del decomiso el Tribunal sostuvo que este constituye una pena accesoria de una sanción principal y que *“su fin excede el retributivo en tanto su fundamento apunta –entre otros- a la frustración del lucro indebido para el condenado o a excluir la posibilidad alguna de que de un delito castigado por el Estado resulte un remanente de lucro para el autor (Conf. En este sentido “Código penal –anotado y comentado-, Parte General; Andrés José D’Alessio; Ed. La Ley; año 2005)”*. Por tal razón entendieron que la pena en cuestión no puede ser equiparada a una condena a restitución, indemnización, satisfacción de costas o pagos de gastos, enumerados en el Art. 516 del CPPN.

5.- Establecido el monto del embargo y determinada la ejecución de los tres bienes inmuebles que se encontraban embargados se tuvo que proceder a determinar las pautas de tasación de esos bienes. Para tal fin, el TOF 4 requirió la colaboración del Cuerpo de Peritos Tasadores de la CSJN y solicitó informes de tasación respecto de dichos inmuebles, para obtener el valor de mercado actual, a tres agencias inmobiliarias privadas de trayectoria en el mercado y en la zona de localización de los bienes¹²⁰.

Otro inconveniente que debió sortear el Tribunal Oral en la ejecución del decomiso fue que la condenada no cumplió con la intimación de entregar los títulos de propiedad de los inmuebles embargados, motivo por el cual debieron requerirse testimonios de los mismos al Registro de la Propiedad Inmueble de la Ciudad de Buenos Aires. Sin embargo, esta medida no pudo ser cumplida ya que dicho registro informó que una vez inscriptos los dominios, los instrumentos públicos por los que son otorgados (escrituras públicas) son devueltos a los interesados,

¹²⁰ En esta causa sólo pudo contarse con las tasaciones efectuadas por el Cuerpo de Peritos Tasadores de la CSJN ya que la condenada se negó a que los tasadores privados cumplan con las tareas encomendadas por el Tribunal.

debiendo requerirse los mismos a los escribanos actuantes o al Registro de Protocolos Notariales de la jurisdicción que corresponda¹²¹.

Si bien el decomiso ejecutado por el TOF 4 no resultaba equiparable a un juicio ejecutivo previsto en el ordenamiento procesal civil¹²², por implicar el decomiso una pérdida inmediata del derecho de propiedad sobre el bien que recae, el tribunal resolvió direccionar la ejecución de la condena a través del procedimiento del remate judicial bajo la figura de la venta en subasta pública¹²³, al sólo efecto de evitar medidas abruptas que puedan perjudicar de manera desmedida a la condenada. Para tal fin el TOF 4 tomó las normas procesales civiles que rigen la subasta de inmuebles, previstas en la Sección 4ª, del Capítulo III, Título II, del Libro III del CPCCN, como pautas orientadoras en la ejecución de la pena de decomiso.

Por tal motivo el Tribunal procedió al sorteo y designación de un martillero público debidamente inscripto en los listados de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y se procedió a requerir informes respecto de las deudas por impuestos, tasas y contribuciones; expensas comunes; y sobre las condiciones de dominio, embargo e inhibiciones. Cumplidos estos requisitos, el 30 de septiembre de 2009 el TOF 4 decretó la venta en subasta pública del inmueble más importante que, conforme a las tasaciones efectuadas, por su valor cubría el monto actualizado de la suma decomisada, fijándose una base en las dos terceras partes del valor asignado al bien por el perito tasador oficial¹²⁴.

En el auto por el que se decretó la subasta pública, entre otras cuestiones, se fijaron las condiciones de pago de precio, comisiones, sellados, aranceles, las condiciones de la firma de un boleto de

¹²¹ Ello, de conformidad con lo previsto por el Art. 576 del CPCCN.

¹²² Se sostuvo que se trataba de una sanción penal accesoria, con naturaleza jurídica particular y disímil a aquellas condenas emanadas de sede civil, impuesta por sentencia firme y que debía ser ejecutada inmediatamente.

¹²³ *Cfr.* auto de fecha 30/09/2009.

¹²⁴ Para la determinación de la base de subasta no se tomó en consideración la valuación fiscal del bien por no responder a los valores de mercado del inmueble en cuestión.

compraventa, las posturas admisibles, la exclusión de la compra en comisión, la cesión de boleto, la obligación de identificar a las personas que concurran a visitar el bien a subastar y se solicitó el correspondiente turno en la Oficina de Subastas Judiciales de la CSJN. El Tribunal decidió darle difusión a las condiciones y fecha de la subasta y las fechas previstas para las visitas del bien, mediante la publicación de edictos por dos días en el Boletín Oficial y en un diario de amplia circulación a nivel nacional.

6.- Con el fin de cumplir la pena de decomiso impuesta, y ante la sorpresiva falta de oferentes en un primer remate, el TOF 4 debió fijar una nueva fecha de subasta y garantizar la transparencia del acto, adoptando una serie de medidas para asegurar la libre oferta de los interesados, resguardar la regularidad del remate y mantener el orden. Entre esas medidas pueden destacarse la realización del acto en dependencias del Poder Judicial, la admisión de posturas mediante sobre cerrado entregado en la sede del tribunal y la reducción de la base de subasta en un 8 por ciento. Es importante resaltar que tales medidas fueron adoptadas ante la inquietud exteriorizada por el Tribunal de que en la anterior subasta hubiese existido la posibilidad de la intervención de operadores que, a través de argucias, hayan alterado el sistema de libre oferta.

Finalmente, a más de 4 años de haberse dictado la sentencia condenatoria y de decretarse el decomiso de los bienes que resultaron ser los efectos del delito, la justicia argentina consiguió la ejecución de una medida de contenido económico toda vez que el principal bien inmueble de la condenada fue rematado en la suma de \$3.680.000. Debe destacarse que esta ejecución se logró por la eficiente tarea llevada a cabo a lo largo de todo el proceso por los miembros del tribunal y sus colaboradores, como contadores, tasadores y martilleros y gracias a que oportunamente, durante la instrucción de la causa, se habían decretado las medidas cautelares que permitieron inmovilizar los bienes luego subastados.

