

C O R R U P C I O N

PERSPECTIVA DEL DERECHO PENAL SOBRE LOS ACTOS DE CORRUPCIÓN

EL ROL DE LA OFICINA ANTICORRUPCIÓN



Al servicio
de las personas
y las naciones



oficina
anticorrupción
República Argentina

C O R R U P C I O N

**PERSPECTIVA DEL DERECHO PENAL SOBRE
LOS ACTOS DE CORRUPCIÓN**

EL ROL DE LA OFICINA ANTICORRUPCIÓN

C I S I N P

Argentina. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Oficina Anticorrupción

Perspectiva del derecho penal sobre los actos de corrupción : el rol de la Oficina Anticorrupción / ; coordinado por Omar Julian Sosa. - 1a ed. - Buenos Aires : Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación. Oficina Anticorrupción. ; PNUD Argentina, 2012.

160 p. ; 24x17 cm.

ISBN 978-987-1407-55-2

1. Derecho Penal. I. Sosa, Omar Julian, coord.

CDD 345

© Oficina Anticorrupción 2012

I.S.B.N. 978-987 1407-55-2

Primera edición

Diseño y armado: Mariana Ventureira

Esta edición de 1000 ejemplares se terminó de imprimir en Contactese Gráfica S.R.L., Vieytes 1709, Ciudad Autónoma de Buenos Aires en el mes de diciembre de 2012.

Hecho el depósito que establece la ley 11.723.

La información contenida en esta publicación, no refleja necesariamente la opinión de las instituciones auspiciantes. No se permite la reproducción total o parcial de este libro, ni su almacenamiento en un sistema informático, ni su tratamiento en cualquier forma o por cualquier medio, electrónico, mecánico, fotocopia u otros métodos, sin el permiso previo del PNUD.

PERSPECTIVA DEL DERECHO PENAL SOBRE LOS ACTOS DE CORRUPCIÓN

EL ROL DE LA OFICINA ANTICORRUPCIÓN



*Al servicio
de las personas
y las naciones*



oficina
anticorrupción
República Argentina

GOBIERNO DE LA REPÚBLICA ARGENTINA

Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD)
Proyecto Arg/10/004 “Fortalecimiento institucional
de la Oficina Anticorrupción”
Componente B: “Educación en valores”

OFICINA ANTICORRUPCIÓN

Dr. Julio Fernando Vitobello
Fiscal de Control Administrativo
Director Nacional del Proyecto ARG/10/004

Dra. Claudia A. Sosa
Directora de Investigaciones

Lic. Gerardo Matías Serrano
Director de Planificación de Políticas de Transparencia
Coordinador del Proyecto ARG/10/004

Dr. Luis Fernando Arocena
Subdirector de Investigaciones

Dr. Néstor Baragli
Subdirector de Planificación de Políticas de Transparencia

CRÉDITOS EDITORIALES

Coordinador de contenidos y del proyecto
Dr. Omar Julián Sosa
Investigador de la Dirección de Investigaciones

Desarrollo de contenidos: Dra. Natalia Pereyra, Dra. Antonela C. Ghezzi, Dra. Paula Contreras, Dr. Luis Fernando Arocena, Dra. Claudia Sosa, Dr. Omar Julián Sosa

Colaboración: Dr. Juan Carlos Duré, Dr. Jose Ipohorski Lenkiewicz, Lic. Soledad López

Producción Editorial: Ing. Nicolás Gómez y Prof. Eric Winer

INDICE

PRÓLOGO PNUD	9
PRÓLOGO	11
INTRODUCCIÓN	13

CAPÍTULO 1

OFICINA ANTICORRUPCIÓN. ESTRUCTURA.	
DIRECCIÓN DE INVESTIGACIONES. COMPETENCIA	15
Introducción	17
Oficina Anticorrupción (OA)	17
Dirección de Planificación de Políticas de Transparencia (DPPT)	19
Dirección de Investigaciones (DIOA)	20
Formas en que pueden iniciarse las investigaciones:	22
Diagrama del procedimiento de una denuncia ante la	
Dirección de Investigaciones.	24
En qué consisten los criterios de significación	28
Otras facultades de la DIOA	30
Anexos del Capítulo 1	33
Anexo I	33

CAPÍTULO 2

CORRUPCIÓN. CONCEPTO. CONSECUENCIAS. RELACIÓN	
CON EL DERECHO PENAL	35
Introducción	37
Aproximaciones teóricas al concepto de corrupción	37
El concepto de corrupción en las convenciones internacionales.	42
Los daños que genera la corrupción	44
La corrupción como fenómeno complejo	47
Función del derecho penal, teorías de la pena y relación	
con los actos de corrupción	48
Factores que dificultan la investigación penal.	54
Bibliografía utilizada para este capítulo.	59
Anexo del capítulo 2.	61
Anexo I	61
Anexo II: teorías de las penas	68
Anexo III: daños provocados por actos de corrupción conforme	
documentos internacionales.	73

CAPÍTULO 3

ACTOS DE CORRUPCIÓN TIPIFICADOS EN LA LEGISLACIÓN PENAL ARGENTINA. HECHOS QUE INVESTIGA LA DIOA

75

Introducción	77
Tipos penales relacionados directamente con la corrupción	80
Delito de cohecho pasivo	83
Delito de tráfico de influencias pasivo	84
Delito de cohecho pasivo agravado	86
Delito de cohecho activo y tráfico de influencias activo	87
Delito de exacciones ilegales	88
Delito de concusión o exacciones agravadas por el destino del tributo	90
Delito de admisión simple de dádivas	91
Delito de ofrecimiento simple de dádivas	92
Delito de soborno transnacional	92
Delito de negociaciones incompatibles con el ejercicio de la función pública	94
Delito de malversación de caudales públicos	95
Delito de peculado	96
Delito de peculado de trabajos o servicios	97
Delito de malversación culposa	98
Delito de utilización de información y datos de carácter reservado con fines de lucro	99
Delito de enriquecimiento ilícito de funcionario público	100
Bibliografía utilizada en este capítulo	102
Artículos de doctrina utilizados en este capítulo	102

CAPÍTULO 4

OTROS TIPOS PENALES RELACIONADOS CON LA CORRUPCIÓN O CON ACTOS DE CORRUPCIÓN

103

Introducción	105
Defraudaciones	106
Delito de estafa	107
Delito de administración infiel o fraudulenta	108
Atentado y resistencia a la autoridad	109
Delito de atentado a la autoridad	109
Delito de resistencia a la autoridad	111
Abuso de autoridad y violación de los deberes de los funcionarios públicos	112
Delito de abuso de autoridad	112
Delito de violación de los deberes de funcionario público	114
Encubrimiento	115
Delito de encubrimiento	115
Lavado de dinero	117
Lavado de dinero proveniente de un delito	119
Asociación ilícita	122
Delito de asociación ilícita	122
Omisión de presentar declaración jurada patrimonial y falsedad u omisión en la inserción de datos	123
Delito de omisión maliciosa de presentar declaraciones juradas patrimoniales	124

Delito de inserción de datos falsos y omisión de insertar datos en la declaración jurada patrimonial	125
Bibliografía utilizada en este capítulo	126
CAPÍTULO 5	
LA OBLIGACIÓN DE DENUNCIAR A LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS	127
Introducción	129
La obligación de denunciar: cuando surge y como cumplirla	129
Consecuencias del incumplimiento: tipos penales involucrados	130
Bibliografía utilizada en este capítulo	134
Anexos del Capítulo 5	135
Anexo I: Resolución OA/DI/89 del 2003	135
CAPÍTULO 6	
MECANISMOS DIRIGIDOS A OBTENER EL RECUPERO DE ACTIVOS	141
Introducción	143
Relevancia internacional	144
Mecanismos propicios para la recuperación de activos en la Argentina y facultades de la OA para utilizarlos	145
Conclusión	151
Bibliografía utilizada en este capítulo	152
GLOSARIO	153

PRÓLOGO

PROGRAMA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO (PNUD)

El flagelo de la corrupción afecta a todos los países y tiene consecuencias altamente negativas; es un factor clave del bajo rendimiento y un obstáculo muy importante para el alivio de la pobreza y la promoción del desarrollo humano. En efecto, no sólo socava la democracia y el estado de derecho, sino que también facilita las violaciones de los derechos humanos, menoscaba la calidad de vida de las personas y permite la aparición de la delincuencia organizada y el terrorismo. Por consiguiente, el control de la corrupción es una cuestión fundamental para el desarrollo humano y la gobernabilidad democrática.

Es por ello que en el año 2003, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (CNUCC), erigiéndose en el primer instrumento internacional universal de lucha contra la corrupción. El Objetivo principal de la CNUCC es brindar estándares internacionales, tanto en materia de prevención, como de represión de actos de corrupción.

Los estándares aceptados internacionalmente, incluyen aspectos de política y práctica de la corrupción. Así, por ejemplo, se prevé la adopción de medidas de transparencia, competencia y criterios objetivos en la contratación pública, la implementación de códigos de conducta y la adopción de mejoras en sistemas contables y de auditoría en el sector privado, incluyendo sistemas de prevención del blanqueo de dinero. Asimismo, prevé la participación activa de la ciudadanía en la promoción de la transparencia y acceso a la información pública. Sin embargo, tal como adelantamos, la CNUCC no se agota en los aspectos de prevención, sino que avanza en la adopción de estándares internacionales para la implementación de medidas de punición ante la presencia de actos de corrupción, incluida la más amplia cooperación internacional, asistencia jurídica recíproca y asistencia técnica.

Argentina es parte de la CNUCC, y la Oficina del PNUD en Argentina apoya los esfuerzos de la Oficina Anticorrupción (OA), organismo encargado del seguimiento de la implementación de las Convenciones contra la Corrupción- incluida la CNUCC. Específicamente, el PNUD contribuye a las iniciativas que buscan consolidar la institucionalidad pública, el involucramiento del sector privado y el apoyo de la sociedad civil, de conformidad con los compromisos internacionales asumidos.

Es en este contexto que se presenta la “Perspectiva del Derecho Penal sobre los Actos de Corrupción: El rol de la Oficina Anticorrupción”, una herramienta práctica para la capacitación de funcionarios y empleados del

sector público nacional y provincial, tarea que lleva adelante la OA con el apoyo del PNUD Argentina.

Descontamos que esta publicación será una herramienta útil para la formación y el conocimiento del alcance de la adopción de los estándares internacionales por parte de la República Argentina, en sus esfuerzos por combatir el flagelo de la corrupción y fortalecer la promoción de la transparencia y la ética pública.

Martín Santiago Herrero

Representante Residente

Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo

PROLOGO DE LA OFICINA ANTICORRUPCIÓN

En el año 2011, la Dirección de Investigaciones se sumó a la tarea de difusión de la problemática que plantea la corrupción utilizando como herramienta la educación a distancia. El aprendizaje electrónico es una modalidad cuya implementación ha sido posible merced a las nuevas tecnologías de la comunicación y ha sido adoptado por la Oficina Anticorrupción a través del Sistema de Capacitación a distancia en Ética Pública (plataforma SICEP) desarrollado por la Dirección de Planificación de Políticas de Transparencia.

El curso “Enfoque punitivo en la lucha contra la corrupción” dirigido originariamente a los funcionarios públicos integrantes de las Direcciones de Asuntos Jurídicos y Sumarios de la Administración Pública Nacional, hoy se ha transformado en esta obra que con un lenguaje sobrio y depurado pretende ampliar el espectro de destinatarios incluyendo a todos los funcionarios de la Administración Pública Nacional.

El manual ofrece orientación acerca de la perspectiva sancionadora contemplada en el Código Penal argentino identificando claramente los elementos básicos de los tipos penales vinculados a los hechos de corrupción. Creemos que el acabado conocimiento de tales conductas constituye el primer paso para prevenir y combatir este fenómeno.

A lo largo de seis capítulos, la obra desarrolla la competencia asignada a la Oficina Anticorrupción en esta materia, los mecanismos previstos en la normativa internacional que son de aplicación en nuestro país, aborda la definición de corrupción en sus distintas acepciones, describe los tipos penales y el alcance de la obligación de denunciar que pesa sobre todo funcionario público y finalmente incorpora una descripción de los mecanismos existentes en nuestra legislación para propiciar el recupero de activos en casos de corrupción.

El objetivo final de este trabajo ha sido transmitir los conocimientos adquiridos en la materia a todos los funcionarios y empleados que integran la Administración Pública Nacional -en especial a los que se encuentran destinados en las provincias- con el fin de facilitar la detección y orientar la acción frente a la presencia de conductas que puedan configurar actos de corrupción.

El gran desafío fue explicar de manera sencilla un fenómeno notablemente complejo. Creemos haberlo logrado.

Mi especial agradecimiento a todos aquellos profesionales que han intervenido en la realización de esta obra.

Dr. Julio F. Vitobello

*Fiscal de Control Administrativo
Oficina Anticorrupción*

INTRODUCCIÓN

La lucha contra la corrupción recibió un fuerte impulso a partir de la sanción de diversos documentos internacionales en la década del 90 y los primeros años de este siglo, mediante los cuales los Estados se han comprometido a promover y adoptar políticas y estándares comunes en materia de controles y rendición de cuentas de los poderes del Estado, como asimismo, asumieron la obligación de tipificar como delitos diversas prácticas asociadas con la corrupción.

Entre las diversas políticas y acciones realizadas por la OA a través de sus dos direcciones, se ha puesto especial atención en aquellas actividades que permitan la difusión entre los ciudadanos y especialmente entre aquellos funcionarios que forman parte de la Administración Pública Nacional, de las normas que regulan esta materia, tanto desde el punto de vista de la prevención como de la punición.

Esta postura se fundamenta en que el fenómeno de la corrupción requiere un enfoque integral para poder comprender sus causas e implicancias y a partir de allí, desarrollar mecanismos eficientes para combatirla, los que demandan una acción conjunta de todos los ciudadanos, organismos y poderes involucrados.

Los hechos de corrupción no son cuestiones simples de abordar. En consecuencia, la Oficina Anticorrupción se ha propuesto transmitir y fomentar el conocimiento sobre esta temática con el fin de coadyuvar al fortalecimiento de los mecanismos de prevención y de lucha contra este flagelo.

Por ello, consideramos que el conocimiento en materia de delitos de corrupción es una herramienta fundamental para la lograr mayor eficacia en la lucha contra ese fenómeno, y a la vez, promover la transparencia y la prevención de actos de esa naturaleza.

En este marco, la DIOA en pos de lograr su misión de fiscalizar el cumplimiento de los deberes de los agentes de la Administración Pública Nacional y del debido uso de los recursos del Estado, ha asumido como uno de sus objetivos esenciales, el de alcanzar una mayor celeridad y eficiencia en la detección y en la investigación de los posibles actos de corrupción en la órbita administrativa, de manera de poder agilizar los procesos judiciales que se instruyan como derivación de esas actividades.

A efectos de lograr esa finalidad, se consideró fundamental en primer lugar iniciar la formación y capacitación de los agentes y funcionarios del Estado para un uso efectivo de las herramientas, políticas y normas vigentes tendientes a optimizar la aplicación de la normativa internacional y local en materia de corrupción, y específicamente aquellas vinculadas con el ejercicio punitivo en esta materia.

A la vez, se planteó como un objetivo (que también deriva del anterior), brindar a las reparticiones públicas situadas en las provincias una actualización de la normativa nacional que tipifica actos de corrupción.

De tal manera, al desarrollar los aspectos punitivos del fenómeno de la corrupción, este trabajo pretende analizar los elementos más relevantes del derecho penal sustantivo, con lo cual podrá ser provechoso para todos aquellos que cumplen funciones públicas a nivel provincial y municipal.

En ese sentido, si bien en esos niveles de gobierno puedan existir ordenamientos institucionales o procesales diversos, tanto las normas internacionales como las del derecho penal de fondo aquí tratadas son perfectamente aplicables a nivel nacional como provincial o municipal. Ello, toda vez que si bien la República Argentina ha adoptado para su gobierno la forma representativa republicana y federal (Artículo 1° de la Constitución Nacional), los estados provinciales han delegado en el Congreso de la Nación la facultad de dictar los códigos de fondo aplicables en todo el territorio de la Nación, entre los cuales se encuentra el Código Penal (Artículo 75, inciso 12, de la Constitución Nacional).

Por último, también nos ha inquietado la necesidad de desarrollar un documento simple, de fácil acceso a efectos de que también el público en general pueda acceder a la información que se pretende transmitir por este medio. De esta manera y tomando como base los distintos cursos diseñados e impartidos por la DIOA sobre esta materia, se proyectó el presente manual cuyo objetivo es dotar a los funcionarios y empleados integrantes de la APN, diseminados por todo el territorio de nuestro país, de herramientas que les permitan reconocer o detectar rápidamente los posibles actos de corrupción que constituyen delitos dentro de nuestro ordenamiento jurídico y adoptar las medidas adecuadas para ponerlos en conocimiento de las autoridades especializadas y competentes.

Así, convencidos de que los organismos públicos existen para cumplir funciones al servicio de los ciudadanos, que el respeto por esa tarea, implica el ejercicio de un orden legal y ético en donde se represente al Estado más allá de las intenciones o voluntades particulares, entendimos que la dinámica de las instituciones y la opinión que de ellas se tenga, estará influenciada por la conducta de quienes las integramos.

Partiendo de esa concepción y pretendiendo conseguir una eficiente investigación en este tipo de sucesos, identificar a sus responsables y preservar las pruebas necesarias para su acreditación, intentamos promover la toma de conciencia acerca de la responsabilidad que los empleados y funcionarios públicos tienen en la lucha contra la corrupción y en la construcción de una sociedad más justa.

Para finalizar, mi sincero y especial agradecimiento al Dr. Omar Sosa, Coordinador de contenidos de la presente obra y a las Doctoras Natalia Peyreya y Antonela Ghezzi, colaboradoras incansables durante el proceso de confección de este trabajo, sin cuya dedicación y esfuerzo no hubiera sido posible concretar esta publicación.

Dra. Claudia Sosa

Directora de Investigaciones de la Oficina Anticorrupción

1

**CAPÍTULO 1 » OFICINA ANTICORRUPCIÓN. ESTRUCTURA.
DIRECCIÓN DE INVESTIGACIONES. COMPETENCIA**



INTRODUCCIÓN

En este capítulo nos referiremos a las funciones de la OA, en general y de la DIOA en particular.

Así, destacaremos cuál es el procedimiento que se sigue dentro de la DIOA cuando se efectúa una denuncia, cómo puede impulsar el procedimiento penal y de alguna manera dar efectividad al aspecto punitivo de la lucha contra la corrupción.

Asimismo, nos referiremos a otras funciones con que cuenta esa dependencia pública, vinculadas con el objetivo general de dotar de efectividad a la lucha contra la corrupción.

OFICINA ANTICORRUPCIÓN (OA)¹

La OA es un organismo que forma parte del Poder Ejecutivo Nacional ubicado institucionalmente dentro de la órbita del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Dada la forma republicana de gobierno y al pertenecer al Poder Ejecutivo la OA no puede ejercer funciones jurisdiccionales, propias del Poder Judicial de la Nación y tampoco posee la facultad de imponer sanciones, ni administrativas ni penales.

Hecha esta aclaración, se debe destacar que la OA fue creada por Ley 25.233² con el objeto de elaborar y coordinar programas de lucha contra la corrupción y de ejercer las competencias y atribuciones establecidas en los artículos 26, 45 y 50 de la Ley N° 24.946 (Ley Orgánica del Ministerio Público). Conforme el Decreto 102/99, es el organismo *encargado de velar por la prevención e investigación de aquellas conductas que dentro del ámbito fijado por esta reglamentación se consideren comprendidas en la Convención Interamericana contra la Corrupción aprobada por Ley N° 24.759.*

Posteriormente, por medio del Decreto N° 466/07³, se reorganizaron los objetivos y misiones de la OA, instituyéndosele además el de *Velar por el cumplimiento de las Convenciones Internacionales de lucha contra la corrupción ratificadas por el Estado Nacional.* De esta manera se amplió su ámbito de intervención a los supuestos establecidos en los demás instrumentos internacionales contra la corrupción como la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción y la Convención contra el Soborno Transnacional suscripta en la órbita de la OCDE.

La OA actúa en el ámbito de la Administración Pública Nacional centralizada y descentralizada, empresas, sociedades y todo otro ente público o

¹ Fuente: www.anticorruccion.gov.ar.

² Promulgada el 10 de diciembre de 1999. B.O. 14/12/1999.

³ Dictado el 2/05/2007, B.O. 4/05/2007.

privado con participación del Estado o que tenga como principal fuente de recursos el aporte estatal.

Es por ello, que tal como se adelantó, la OA a su vez sólo tiene competencia sobre el Poder Ejecutivo Nacional, no pudiendo obrar sobre los Poderes Legislativo y Judicial, ni sobre las administraciones provinciales y municipales. No obstante, coopera con ellos a través de convenios, para la elaboración y aplicación de políticas y programas de lucha contra la corrupción.

Las competencias de la Oficina Anticorrupción conforme lo previsto por el decreto 102/99 son:

- » Recibir denuncias de particulares o agentes públicos que se relacionen con su objeto.
- » Investigar preliminarmente a los agentes a los que se les atribuya un hecho de supuestación. En todos los supuestos, las investigaciones se realizarán por el solo impulso de la Oficina Anticorrupción y sin necesidad que otra autoridad estatal lo disponga.
- » Investigar preliminarmente a toda institución o asociación que tenga como principal fuente de recursos el aporte estatal, directo o indirecto, en caso de sospecha razonable sobre irregularidades en la administración de dichos recursos.
- » Denunciar ante la justicia competente los hechos que, como consecuencia de las investigaciones practicadas, pudieran constituir delitos.
- » Constituirse en parte querellante en los procesos en que se encuentre afectado el patrimonio del Estado, dentro del ámbito de su competencia.
- » Llevar el registro de las declaraciones juradas patrimoniales de los agentes públicos.
- » Evaluar y controlar el contenido de las declaraciones juradas de los agentes públicos y las situaciones que pudieran constituir enriquecimiento ilícito, conflicto de intereses o incompatibilidad en el ejercicio de la función.
- » Elaborar programas de promoción de la transparencia y de prevención de la corrupción en la gestión pública.
- » Asesorar a los organismos del Estado para implementar políticas o programas preventivos de hechos de corrupción.
- » Participar en organismos, foros y programas internacionales relacionados con el control de la corrupción, velando por el efectivo cumplimiento e implementación de las convenciones y acuerdos internacionales contra la corrupción que la República Argentina hubiera ratificado.

Esta Oficina está integrada por la Dirección de Planificación de Políticas de Transparencia (DPPT) y por la Dirección de Investigaciones (DIOA) conforme lo previsto en el art. 9 del Decreto 102/99.

Las acciones de la DIOA se basan en el principio de oportunidad, a partir de criterios de significación institucional, social y económica, según lo previsto en el art. 3 del Decreto 102/99 (en el mismo sentido la Resolución MJDH N° 458/01 art 2 inc. c del anexo I.)

Estos criterios, que responden a las dimensiones en las cuales se considera que los hechos de corrupción tienen la virtualidad de afectar a la administración pública, operan como una suerte de piso o estándares mínimos para impulsar la intervención de la OA en un hecho particular y serán desarrollados posteriormente.

DIRECCIÓN DE PLANIFICACIÓN DE POLÍTICAS DE TRANSPARENCIA (DPPT)

La DPPT es la responsable de la elaboración de políticas contra la corrupción en el sector público nacional, brindando asistencia técnica para el diseño e implementación de programas de prevención de la corrupción.

Sus funciones son:

- » 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.
- » Realizar estudios sobre hechos de corrupción administrativa y sus causas, y planificar las políticas y programas de prevención y represión correspondiente.
- » Recomendar y asesorar a los organismos del Estado en la implementación de políticas o programas preventivos.
- » Llevar el registro de las declaraciones juradas de los agentes públicos (ddjonline.gov.ar). En este caso, evalúa y controla su contenido y analiza las situaciones que pueden constituir un enriquecimiento ilícito, un conflicto de intereses o la incompatibilidad en el ejercicio de la función, según los alcances que establece la Ley de Ética Pública N° 25.188.

La DPPT puede, en ejercicio de sus funciones y para alcanzar sus objetivos, utilizar diversos recursos como:

- » Realizar investigaciones, encuestas, entrevistas, etc.
- » Requerir a los agentes públicos documentación e informes.
- » Relevar las denuncias formuladas ante los organismos de control estatal, el Poder Judicial o el Ministerio Público.
- » Solicitar a centros de estudios, universidades, o cualquier otra organización con fines académicos, toda información que fuese de su interés.

El registro de las declaraciones juradas es administrado por la Unidad de Control y Seguimiento de Declaraciones Juradas dentro del área de DPPT y tiene a su cargo la labor de analizar la evolución patrimonial de los funcionarios a efectos de determinar *prima facie* si tal incremento patrimonial se corresponde o no con sus ingresos, como así también, detectar y prevenir posibles conflictos de intereses o incompatibilidades.

Dicha Unidad es asimismo responsable de la guarda y conservación de los sobres que contienen las declaraciones juradas de carácter público y reservado de los funcionarios de más alta jerarquía del Gobierno Nacional y de dar cumplimiento al mandato legal de publicar periódicamente la lista

de los funcionarios, cumplidores e incumplidores de las presentaciones de declaraciones juradas.⁴

DIRECCIÓN DE INVESTIGACIONES (DIOA)

La DIOA tiene como misión esencial la investigación, formulación de denuncia penal o administrativa y, eventualmente, la constitución como parte querellante en procesos judiciales, donde se ventilan hechos considerados como actos de corrupción según la CICC y el resto de convenciones internacionales sobre la materia, que ocurran en la Administración Pública Nacional centralizada y descentralizada y en organismos que cuentan con aportes estatales. Su ámbito de competencia alcanza a los organismos que se encuentren en la órbita del Poder Ejecutivo Nacional, quedando fuera de su accionar los Poderes Legislativo y Judicial y las administraciones provinciales y municipales.

Ahora bien, cabe destacar que en materia de investigación preliminar vinculada a la presunta comisión de un delito, la actuación de la DIOA no se rige por el principio de legalidad, es decir la obligatoriedad de intervenir en todo hecho que pueda constituir un acto de corrupción, como si es propio de la actividad judicial en el ámbito penal. La actuación de la DIOA se establece a partir del llamado “principio de oportunidad”: no interviene en todos los casos, solamente en algunos.

Este principio de oportunidad, no se determina a partir de una selectividad librada al azar o a la voluntad de quien tiene la potestad de decidir. Para instituir el ámbito de actuación a partir del principio de oportunidad la DIOA debe ajustarse a un plan de acción en el que se definen áreas críticas y se fijan criterios de significación institucional (impacto sobre el funcionamiento y credibilidad de las instituciones), social (afectación a un número significativo de la población) y económico (monto del presunto perjuicio) conforme lo previsto por los arts. 12 inc. a y 13 del Decreto 102/99 (estos criterios serán desarrollados posteriormente).

Esto significa que no toda denuncia por un hecho que presuntamente constituya un acto de corrupción genera obligatoriamente una investigación preliminar ante la DIOA, ello sin perjuicio de que el suceso sea puesto en conocimiento de la justicia.

La DIOA tiene como principales funciones:

- » 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.
- » 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.

⁴ Estas facultades surgen del inc. f y g del art. 2y 6 del Decreto Nro 102/1999, del Decreto Nro. 466/2.007y del art. 9 de la Resolución M.J. y D.H. Nro. 1.000/2.000.

- » 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.
- » Investigar, con carácter preliminar, los casos que habiendo superado los criterios de significación pudieran configurar conductas previstas en la Convención Interamericana contra la Corrupción (aprobada por ley 24.759) y el resto de las convenciones internacionales sobre corrupción, en los que se atribuya la comisión del delito a un agente público, Institución o Agencia financiada con recursos estatales.
- » 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.
- » Elaborar los informes relativos a su área.

Para el cumplimiento de su misión, la DIOA posee un sistema de trabajo que garantiza la objetividad e independencia de las investigaciones.

En efecto, entre otros factores, la consistencia del proceso de trabajo, el carácter público de las resoluciones, la publicación periódica de su gestión, la exposición a la crítica de la ciudadanía y el control judicial de las acciones, ratifican el compromiso asumido con la creación de la Oficina en el sentido de investigar con objetividad todo caso de corrupción que esté dentro de sus parámetros de actuación.

Para cumplir con ello, las denuncias sobre supuestos casos de corrupción son analizadas en distintas etapas y según las siguientes variables:

- » La consistencia del relato del hecho denunciado.
- » La competencia de la Oficina sobre el tipo de hecho (CICC) y el ámbito donde ocurrió (APN).
- » La relevancia del hecho, según criterios de significación económica, social e institucional.
- » La verificación de los hechos.
- » El destino de la denuncia.

Por otra parte, para poder desarrollar las investigaciones, esta dependencia pública no sólo cuenta con las ya mencionadas facultades conferidas por los artículos 26, 45 y 50 de la Ley N°24.946, sino aquellas mencionadas en el artículo 5 del Decreto 102/99 y los artículos 6 a 14 de la Resolución del MJyDDHH Nro.1316/2008⁵. Así se podrá requerir informes tanto a particulares como organismos públicos nacionales, provinciales o comunales, recibir declaraciones, requerir dictámenes periciales y la colaboración de expertos para el mejor resultado de las investigaciones, entre otras facultades.

⁵ Dictada el 21/05/2008. Dicha resolución modificó el anterior Reglamento de la Dirección de Investigaciones de la OA, erigido a partir de la Resolución del MJyDDHH N° 749/2000.

FORMAS EN QUE PUEDEN INICIARSE LAS INVESTIGACIONES:

Las investigaciones pueden iniciarse de diferente forma: de oficio (por propia iniciativa de las autoridades de la OA), por denuncia de un organismo público o por denuncia de particulares. A continuación se describe cada una de estas formas.

De oficio	La investigación se inicia de oficio y sin necesidad de denuncia previa, sobre la base de hechos a cuyo conocimiento accede la OA de cualquier modo: por su difusión en medios masivos de comunicación, por haberse detectado un incumplimiento o una omisión en la presentación de las DDJJ, etc.
Organismos públicos	Se toma conocimiento de los hechos a partir de la remisión de notas, informes, etc., que realiza algún organismo del Estado. Incluye aquellos asuntos comunicados por la SIGEN y la AGN sobre la base de sus informes de auditoría.
Denuncias de particulares	Los hechos son puestos en conocimiento de la OA por personas (particulares identificados, con identidad reservada o anónimos) a través de cartas, e-mail, denuncias en la página Web de la OA, telefónicamente o en forma presencial.

Cabe destacar, que las denuncias efectuadas por los ciudadanos constituyen uno de los principales canales con los que cuenta la OA para desarrollar sus misiones. Para facilitar esta participación ciudadana, se constituyeron vías de acceso directas con menores exigencias formales. En ese sentido las denuncias ante la OA pueden ser presentadas de manera personal, por correo postal, a través de una línea telefónica gratuita (0800), por intermedio del sitio web de la OA, o vía correo electrónico.

Por otro lado, en el caso de la denuncia de particulares, interesa remarcar que los denunciante frecuentemente son personas que tienen una vinculación laboral o comercial con la Administración Pública Nacional: empleados, proveedores y contratistas de la APN, empleados de estos proveedores y contratistas, etc.

En consecuencia, un aspecto fundamental a tener en cuenta en la investigación de actos de corrupción, es el temor de los ciudadanos a las consecuencias físicas, laborales o económicas que les pueda acarrear el denunciar estos actos. Esto dificulta el avance de las investigaciones, en tanto el anonimato impide el acceso a información complementaria que el denunciante potencialmente podría aportar.

En el marco descripto, adquiere fundamental relevancia la protección de los denunciante; razón por la cual, la CICC ha exhortado a los Estados Parte a adoptar -dentro de sus propios sistemas institucionales-, medidas destinadas a crear, mantener y fortalecer, sistemas para proteger a los

funcionarios públicos y ciudadanos particulares que denuncien de buena fe actos de corrupción, incluyendo la protección de su identidad, de conformidad con su Constitución y los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico interno.

Por otro lado, la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (CNUCC en adelante), resulta más tajante sobre este tema, ya que establece en el art. 13, inc. 2, que cada Estado Parte deberá facilitar el acceso del público a los órganos vinculados a la lucha contra la corrupción, “cuando proceda, para la denuncia, incluso anónima, de cualquiera incidentes que puedan considerarse constitutivos de un delito tipificado con arreglo a la presente Convención”

En este sentido y a fin de garantizar una vía de acceso libre de requisitos formales y un canal de denuncia seguro, el Reglamento Interno de la Dirección de Investigaciones de la Oficina Anticorrupción aprobado por la Resolución MJSyDH N° 1316/08, contempla tanto la posibilidad de recibir denuncias anónimas como de reservar la identidad del denunciante.

Al respecto, el artículo 1° del reglamento precisa que “...Al denunciante se le hará saber la posibilidad de preservar su identidad, y en el caso de que ese fuera su deseo, la denuncia será recibida dejando constancia de esa circunstancia, y la identidad de la persona será plasmada en una nota que se reservará en la Oficina, con indicación de la fecha en que se recibió y el número de registro. Los datos de la persona que haya solicitado reserva de identidad serán mantenidos en secreto y no podrán ser revelados, salvo requerimiento judicial, en cuyo caso se remitirán al tribunal solicitante en sobre cerrado. Cuando la actuación que genere la denuncia finalice, tanto el sobre como sus datos personales, y aquellos aportes que el denunciante haya efectuado y que pudieran delatar su identidad (los que serán entonces separados de la carpeta), no podrán ser consultados por persona alguna, salvo requerimiento judicial. Al denunciante se le hará saber acerca de estas condiciones. Los trámites sólo podrán iniciarse ante una denuncia anónima cuando ésta sea razonablemente circunstanciada y verosímil, exista gravedad en el hecho denunciado y razonabilidad en la intención del denunciante de conservar el anonimato”.

La posibilidad de recibir denuncias anónimas o con reserva de la identidad, facilita la etapa de investigación de los actos de corrupción pero puede constituir un obstáculo para su juzgamiento, en tanto resulta difícil que tales denunciantes presten declaración testimonial ante los magistrados sin el temor de sufrir represalias por ello.

Por la particularidad de los delitos esta prueba puede resultar esencial para lograr una sentencia condenatoria. Por esta razón, en diversos ámbitos internacionales en los que participa la Argentina se viene instalando la necesidad de contar con mecanismos legales o de otra índole que prevean la protección de denunciantes y testigos que de buena fe se acerquen a las autoridades para revelar información sobre los hechos de corrupción que puedan haber llegado a su conocimiento.

Si bien la República Argentina cuenta con el Programa Nacional de Protección de Testigos e Imputados, creado por Ley 25.764, este no ampara directamente a los sujetos que brinden información en casos de corrupción, sino que se vincula principalmente con delitos contra la libertad individual

y secuestros (Arts. 142 bis y 170 del Código Penal), así como a delitos relacionados con el narcotráfico (Ley 23.737) y con hechos de terrorismo (Ley 25.241).

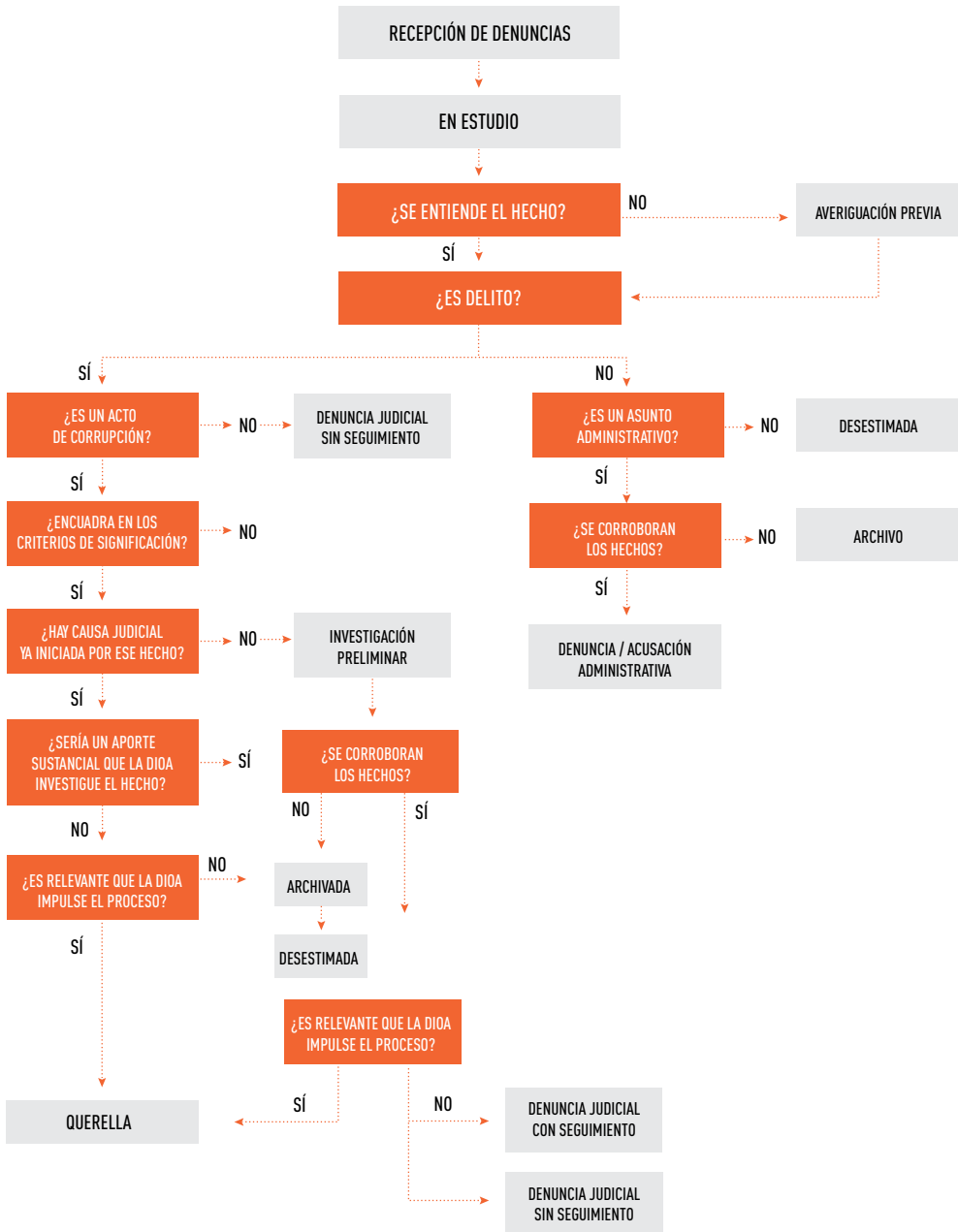
Es cierto que la misma Ley (Art. 1, segundo párrafo) permite extender dichos supuestos a los delitos de corrupción, como delitos vinculados con la delincuencia organizada o de violencia institucional o por la trascendencia e interés político criminal de la investigación judicial. Pero para ello debe existir una expresa solicitud por parte de una autoridad judicial y la aprobación del Ministerio de Justicia.

Esta posibilidad en efecto ha sido reconocida, sin embargo resultaría aconsejable que los casos de testigos y denunciantes por supuestos de corrupción se encuentren expresamente contemplados en la legislación argentina sobre la disciplina y que la misma se adecúe a los estándares que en materia de protección de testigos han sido aprobados en otros ámbitos internacionales.

La Oficina ha elaborado un proyecto de ley para la protección de denunciantes y testigos de hechos de corrupción, con el fin de proporcionar herramientas para la protección de sus derechos y así contar con un recurso esencial para la investigación. A través de un procedimiento de elaboración participada de normas, juristas, representantes de organizaciones de la sociedad civil y otros expertos, hicieron su aporte al proyecto que puede ser consultado en su totalidad a través de la página web del organismo www.anticorrupcion.gov.ar

DIAGRAMA DEL PROCEDIMIENTO DE UNA DENUNCIA ANTE LA DIRECCIÓN DE INVESTIGACIONES

A continuación se explicará en forma sintética, el procedimiento que se sigue en el ámbito de la OA ante la recepción de una denuncia. Cómo se verá en el diagrama de bloques expuesto a continuación, el trámite de las denuncias puede seguir diversos caminos dependiendo de si existe o no delito, si hay o no competencia de la Dirección de Investigaciones, si cumple o no con los criterios de significación. Asimismo, en virtud de ello el trámite puede culminar en una remisión, en archivo o en una denuncia penal.



Las resoluciones internas que abren las investigaciones, las desestiman, las archivan o que promueven la denuncia o querrela por un hecho, se fundan en la consistencia del circuito de trabajo establecido por la DIOA y, a la vez, neutralizan cualquier eventual desvío que pueda derivar en una omisión de denuncia o en una falsa denuncia.

Los posibles cursos de acción ante una denuncia son:

- » **Desestimación:** cuando luego de un análisis de los términos de la denuncia, se determina que del relato de los hechos no surge la comisión de ningún acto delictivo o de alguna irregularidad administrativa o que los mismos no se han cometido.
- » **Archivo:** cuando las irregularidades puestas en conocimiento no se encuentren entre aquellas que, de conformidad con los parámetros del Plan de Acción, posean una significación social, institucional o económica.
Ahora bien, si de todas maneras el hecho objeto de la actuación pudiera constituir una irregularidad administrativa o un delito, además del archivo se da intervención a la dependencia correspondiente (**remisión**) o se formula denuncia ante el fuero competente (**derivación a la justicia**), según el caso.
- » **Inicio de una investigación preliminar:** tiene lugar respecto de aquellas denuncias que en un primer análisis dan cuenta de actos de corrupción tipificados como delitos en nuestra legislación, cometidos por integrantes del sector público nacional y que superan los criterios de significación. El objetivo de estas investigaciones consiste en recabar elementos de prueba que permitan la verificación preliminar de sus extremos, pudiendo culminar en:
 - » **Desestimación:** cuando a partir de los resultados de la investigación preliminar se comprueba que los hechos analizados no constituyen delito, ni un asunto administrativo que deba ser puesto en conocimiento de otro órgano.
 - » **Archivo:** procede cuando las irregularidades puestas en conocimiento no se encuentren entre aquellas que, de conformidad con los parámetros del Plan de acción, posean una significación social, institucional o económica. Esto último, sin perjuicio de que puedan ser derivadas a la justicia y/o a otros organismos públicos, según corresponda.
 - » **Remisión a autoridades administrativas:** cuando se determinara la posible infracción de normas de carácter administrativo, como ya lo señalamos, corresponde poner en conocimiento de las autoridades del organismo competente a efectos de que decida sobre el inicio del pertinente sumario. Ahora bien, en este caso el titular de la OA puede decidir intervenir en el sumario como parte acusadora, conforme lo autoriza el art. 4 del Decreto 102/99, e impulsar el procedimiento ofreciendo prueba y recurriendo las resoluciones que le sean adversas.

- › **Derivaciones a la justicia /Denuncias:** cuando, tras la investigación previa, la DIOA considera que existe un hecho de corrupción que involucra a agentes de la Administración Pública Nacional (incorporado a nuestra legislación penal) u otro tipo de delito, se efectúa la denuncia ante la Justicia para que la misma se expida al respecto. Si se denuncia la posible comisión de un acto de corrupción y el titular de la OA decide no asumir la función de impulsar el proceso, ello no es óbice para que pueda hacerlo posteriormente. En estos casos se puede decidir un seguimiento judicial a efectos de evaluar el desarrollo del proceso penal y si resulta necesaria la intervención de la OA. Asimismo, una vez efectuada la denuncia, el Fiscal de Control Administrativo puede decidir continuar con la investigación, si entiende que ello puede ser útil para colaborar en el proceso judicial, aportando todos los elementos que surjan de ella.
- › **Aperturas de carpetas de Procuración:** casos en los que existe una denuncia judicial donde se ventilan hechos de corrupción y el organismo ejerce la procuración en la causa a los fines de evaluar la conveniencia de constituirse eventualmente en parte querellante. En muchos casos, además del seguimiento mencionado, se hacen aportes a la investigación judicial.
- › **Querrela:** otra opción con que cuenta el titular de la OA es la de intervenir activamente en el impulso del proceso penal cuando lo considere pertinente, proponiendo medidas de prueba y participando en la causa en representación del Estado como damnificado por el hecho de corrupción⁶. Esta facultad es discrecional y se susenta en criterios de razonabilidad teniendo en cuenta la gravedad de los hechos denunciados, la consistencia de las acusaciones, la relevancia de los funcionarios implicados, la disponibilidad de recursos de la OA, los criterios de oportunidad que rigen su actuación, entre otros.

Por ello, la Oficina Anticorrupción puede constituirse en parte querellante en representación del Poder Ejecutivo Nacional en dos situaciones:

- › Cuando las investigaciones preliminares efectuadas por la Dirección culminan con la denuncia e inicio de una causa penal.
- › En aquellos casos en que existieran procesos penales no iniciados por la OA en los que se investiga la posible comisión de actos de corrupción por parte de funcionarios públicos.

⁶ Además de ser una facultad normativamente establecida, también ha sido reconocida y avalada en diversos precedentes jurisprudenciales. Ver por ejemplo: CNACCF, Sala II, Causa N° 16.580, "Administradores de ATC s/ delito de acción pública s/ inconstitucionalidad Ley 25.233 y Dto. 102/99", Reg. N° 17.616, del 6/06/2000; CNACCF, Sala I, Causa N° 31.982, "MASSONI, José s/ solicitud se parte querellante", Reg. N° 689, del 14/08/2000; CNACCF, Sala I, Causa N° 31.858, "ALDERETE, Víctor Adrián s/ excepción de falta de acción", Reg. N° 966, de fecha 6/10/2000; CANACCF, Sala II, Causa N° 16.784, "Incidente de apelación del Fiscal de Control Administrativo", Reg. N° 18.042, del 11/10/2000; CNACCF, Sala II, Causa N° 19.428, "Gostanián Armando s/ incidente de apelación", Reg. N° 21.205, del 10/06/2004; CSJN, Expte. G. 1471. XL., del 30-05-2006; Fallos: T. 329 - P. 1984, en caso Gostanián.

En este sentido, es posible impulsar el procedimiento penal proponiendo pruebas, argumentando sobre ellas, interponiendo recursos o interviniendo en diversos actos procesales, siempre que el Código Procesal Penal de la Nación lo autorice (art.82 y subsiguientes del CPPN).

Cabe destacar que el Reglamento Interno de la DIOA (Resolución MJ 1316/2008), autoriza a realizar medidas probatorias preliminares a la adopción de alguno de los cursos de acción descriptos, en orden a precisar el hecho y verificar si se encuentra comprendido dentro del ámbito de su competencia o si supera los criterios de significación.

A efectos de lograr mayor efectividad en la recepción y análisis de las denuncias efectuadas ante la DIOA, esas medidas son adoptadas en la Unidad de Admisión y Derivación del organismo, encargada no sólo de recibir las denuncias por presuntos actos de corrupción, sino de analizarlas y verificar que se den los elementos mínimos para iniciar una investigación preliminar.

EN QUÉ CONSISTEN LOS CRITERIOS DE SIGNIFICACIÓN:

En cumplimiento de las facultades asignadas a la OA por el Decreto 102/99 y en el marco de lo normado por el Reglamento Interno aprobado por la Resolución MJyDH N°1316/08, la Dirección de Investigaciones desarrolla su actividad en aquellos casos en que el Fiscal de Control Administrativo evalúa que los hechos investigados resultan de significación institucional, económica o social.

Estos parámetros de evaluación, se encuentran previstos en el Plan de Acción de la Oficina Anticorrupción aprobado por la Resolución MJDH N° 458/01 (B.O. 29.664, 7/6/01).

Concepto general y aplicación

Los criterios de significación económica, institucional y social para la investigación de denuncias en la O.A. responden a las dimensiones en las cuales se considera que los hechos de corrupción afectan a la administración pública. Esto es: un hecho de corrupción que afecta, o bien el patrimonio público, o bien los requisitos funcionales o el valor de las instituciones, o bien los objetivos de equidad de las políticas públicas.

Los tres criterios implican valoraciones sobre el interés del Estado respecto de la investigación de denuncias, si bien en su aplicación existen diferencias lógicas y cronológicas.

El criterio económico permite realizar una estimación a priori del monto que, de manera explícita o implícita, se denuncia como administrado irregularmente. Se trata de una evaluación cuantitativa. Este criterio se aplica de manera prioritaria a los demás y permite realizar la primera discriminación de las denuncias que se presentan: excluye a los que no superan cierta cantidad, e incluye a aquellos que sí lo hacen. La aplicación de este criterio no es absoluta. En efecto, todos aquellos que han sido excluidos por este primer parámetro, aun deben ser examinados con los otros criterios.

Los criterios de relevancia institucional y social implican juicios y evaluaciones de índole cualitativa. Mediante estos criterios se trata de de-

terminar si el hecho denunciado significa una afectación de los requisitos funcionales o de valores de las instituciones o si conlleva el efecto de imposibilitar el logro de objetivos de equidad en las políticas públicas en cuestión.

Dadas estas características, la aplicación de estos criterios no puede ser mecánica. Excluido un caso por el criterio económico, podría sin embargo determinarse que existe una vulneración a las dimensiones institucionales o sociales de la administración pública. Esta determinación tendrá un efecto inclusivo respecto del caso. Para llegar a tal decisión será necesaria una argumentación razonable acerca del modo en el cual el hecho denunciado afecta alguna de estas dimensiones.

En síntesis, excluida una denuncia por aplicación del criterio económico, su inclusión en el conjunto de los casos de relevancia dependerá de una argumentación fundada acerca del modo en el que el interés institucional o social del Estado se ve violentado.

Criterio de significación económica

Un caso tiene significación económica cuando el monto probable del perjuicio sea de una magnitud tal que, en consideración a los recursos que el organismo, ente o institución administra, puede suponerse que resulta lo suficientemente grave como para impedir o alterar radicalmente su funcionamiento o la prosecución de sus fines.

Para la estimación del perjuicio deberá tenerse en cuenta si, del relato de los hechos o del planteo de la situación, surge como muy probable que el hecho sea sólo uno de varios similares o cuya habitualidad razonablemente pueda suponerse.

Sin perjuicio de la evaluación concreta de cada hecho en particular, un caso tiene siempre significación económica cuando el monto estimado del perjuicio que provocaría la irregularidad en cuestión supera el monto de un millón de pesos (\$ 1.000.000).

Criterio de significación institucional

Se entenderá que un hecho tiene significación institucional, cuando por su magnitud afecte el funcionamiento normal y habitual de las funciones del organismo involucrado, o impida de cualquier forma que las mismas se lleven a cabo. También será considerado el hecho denunciado como de relevancia institucional por la ubicación trascendente de él o los funcionarios supuestamente implicados; o cuando la irregularidad detectada impida o dificulte el cumplimiento de los objetivos y las misiones para la cual la institución involucrada ha sido creada o el programa o política pública ha sido diseñada.

Criterio de significación social

Un caso posee significación social cuando el hecho denunciado, en virtud de su magnitud, haya afectado o pueda afectar de forma absoluta o relativa a un número significativo de las personas que integran el universo de individuos que resultan destinatarios de los servicios y/o prestaciones y/o beneficios que otorga la institución (punto 3 del Plan de Acción mencionado).

OTRAS FACULTADES DE LA DIOA:

El incumplimiento de la presentación de la declaración jurada patrimonial, la omisión de datos en las mismas y el enriquecimiento ilícito, constituyen tres diferentes tipologías jurídicas que integran el universo de los Delitos contra la Administración Pública previstos en el Título XI del Código Penal y su investigación es competencia de la Dirección de Investigaciones (artículo 268, incisos 1, 2 y 3).

A efectos de poder desarrollar adecuadamente la investigación de esos tipos penales, la DIOA cuenta con las siguientes facultades:

Denunciar luego de la intimación ante la falta de cumplimiento en la presentación de declaraciones juradas (Altas, Anuales y Bajas) por parte de funcionarios públicos.

La falta de presentación de las declaraciones juradas, una vez que el funcionario ha sido intimado en tiempo y forma mediante notificación personal o fehaciente -según el caso-, habilita la vía persecutoria en el ámbito de la Dirección de Investigaciones, área que procede finalmente a practicar la correspondiente denuncia penal ante la justicia federal (artículos 4, 8 y 9 de la Ley N° 25.188, reglamentada por el Decreto N° 164/99).

En cuanto a la tramitación formal se señala que, la intimación al funcionario es practicada por el Área de Recursos Humanos del Organismo en el que cumple o cumplió funciones, quien luego remite los antecedentes documentales a la Unidad de Control y Seguimiento de Declaraciones Juradas de la OA, a efectos de su registración. Posteriormente, la documentación que acredita el elemento objetivo del tipo penal (art. 268, inc. 3 CPN) es remitida a la Unidad de Admisión y Derivación de Denuncias de la DIOA con el fin de practicar la correspondiente denuncia.

Efectuar el requerimiento de justificación patrimonial en el marco de las investigaciones por enriquecimiento ilícito

La ley 25.188 establecía que las investigaciones referidas a este delito y las presuntas violaciones al régimen de declaraciones juradas debían ser investigadas por la Comisión Nacional de Ética Pública, que nunca fue creada.

A raíz de ello y en el marco de lo normado por el artículo 13 de la Ley N° 23.233 y artículos 1 y 2 del Decreto N° 102/99, se le asignó a la Oficina Anticorrupción la competencia para investigar el delito de enriquecimiento ilícito y llevar el control del registro de las declaraciones juradas de los funcionarios que integran la Administración Pública Nacional. Asimismo y conforme lo dispuesto por la Resolución N° 17 del 7/01/00 dictada por el Ministerio de Justicia de la Nación, la OA es la Autoridad de Aplicación del citado régimen, conformado por la Ley N° 25.188; Decretos Nros. 164/99 y 808/00 y Resoluciones Nros. 17/00 y 1000/00, ambas dictadas por el Ministerio de Justicia de la Nación.

En virtud de dicha normativa, la OA se encarga de controlar y evaluar el contenido de las declaraciones juradas patrimoniales y las situaciones que pueden constituir enriquecimiento ilícito, conflicto de intereses o incompatibilidad en el ejercicio de la función pública.

Además, y en función de esa normativa, es la Dirección de Investigaciones de la OA la encargada de efectuar el requerimiento de justificación patrimonial al que se refiere el art. 268 (2) del Código Penal en las investigaciones específicas, que pueden iniciarse por impulso de la Dirección de Planificación de Políticas de Transparencia, denuncias de particulares o de oficio.

Esta facultad de requerimiento de la DIOA fue reconocida ampliamente por los Tribunales Federales de la Ciudad de Buenos Aires. Ello, sin perjuicio de que también se ha reconocido la posibilidad que el requerimiento pueda ser efectuado por el fiscal una vez iniciado el proceso judicial pertinente, y por el juez al momento de recibir una declaración indagatoria, tal como lo ha sostenido la jurisprudencia.

Impulsar el reclamo civil:

En aquellos casos en que resulte procedente la OA, puede impulsar la interposición de la acción civil ante la dependencia competente a efectos de obtener la reparación de los daños patrimoniales ocasionados al Estado por el presunto acto de corrupción denunciado. Este punto será desarrollado en los capítulos posteriores.

ANEXO I:

Facultades con que cuenta la OA para desarrollar sus investigaciones previstas en la Ley de Orgánica del Ministerio Público (LOMP).

Ley Nro. 24.946

ARTÍCULO	TEXTO
Nro. 26	Los integrantes del Ministerio Público, en cualquiera de sus niveles, podrán –para el mejor cumplimiento de sus funciones– requerir informes a los organismos nacionales, provinciales, comunales; a los organismos privados; y a los particulares cuando corresponda, así como recabar la colaboración de las autoridades policiales, para realizar diligencias y citar personas a sus despachos, al solo efecto de prestar declaración testimonial. Los organismos policiales y de seguridad deberán prestar la colaboración que les sea requerida, adecuándose a las directivas impartidas por los miembros del Ministerio Público y destinando a tal fin el personal y los medios necesarios a su alcance.
ARTÍCULO	TEXTO
Nro. 45	<p>El Fiscal Nacional de Investigaciones Administrativas tendrá los siguientes deberes y facultades:</p> <p>a) Promover la investigación de la conducta administrativa de los agentes integrantes de la administración nacional centralizada y descentralizada, y de las empresas, sociedades y todo otro ente en que el Estado tenga participación. En todos los supuestos, las investigaciones se realizarán por el solo impulso de la Fiscalía de Investigaciones Administrativas y sin necesidad de que otra autoridad estatal lo disponga, sin perjuicio de ajustar su proceder a las instrucciones generales que imparta el Procurador General de la Nación.</p> <p>b) Efectuar investigaciones en toda institución o asociación que tenga como principal fuente de recursos el aporte estatal, ya sea prestado en forma directa o indirecta, en caso de sospecha razonable sobre irregularidades en la inversión dada a los mencionados recursos.</p> <p>c) Denunciar ante la justicia competente, los hechos que, como consecuencia de las investigaciones practicadas, sean considerados delitos. En tales casos, las investigaciones de la Fiscalía tendrán el valor de prevención sumaria. El ejercicio de la acción pública quedará a cargo de los fiscales competentes ante el tribunal donde quede radicada la denuncia y, en su caso, ante las Cámaras de Apelación y Casación con la intervención necesaria del Fiscal nacional de Investigaciones Administrativas o de los magistrados que éste determine, quienes actuarán en los términos del artículo 33 inciso t).</p> <p>La Fiscalía de Investigaciones Administrativas podrá asumir, en cualquier estado de la causa, el ejercicio directo de la acción pública, cuando los fiscales competentes antes mencionados tuvieran un criterio contrario a la prosecución de la acción.</p> <p>d) Asignar a los fiscales Generales, Fiscales Generales Adjuntos y Fiscales, las investigaciones que resolviera no efectuar personalmente.</p>

ARTÍCULO	TEXTO
	<ul style="list-style-type: none"> e) Someter a la aprobación del Procurador General de la Nación el reglamento interno de la Fiscalía de Investigaciones Administrativas. f) Ejercer la superintendencia sobre los magistrados, funcionarios y empleados que de él dependen e impartirles instrucciones, en el marco de la presente ley y de la reglamentación que dicte el Procurador General. g) Proponer al Procurador General de la Nación la creación, modificación o supresión de cargos de funcionarios, empleados administrativos y personales de servicio y de maestranza que se desempeñen en la Fiscalía, cuando resulte conveniente para el cumplimiento de los fines previstos en esta ley. h) Elevar al Procurador General un informe anual sobre la gestión de la Fiscalía de Investigaciones Administrativas, a su cargo. i) Imponer las sanciones disciplinarias a los magistrados, funcionarios y empleadas que de él dependan, en los casos y formas establecidos en la ley y su reglamentación. j) Ejecutar todos sus cometidos ajustándolos a la política criminal y de persecución penal del Ministerio Público Fiscal.
ARTÍCULO	TEXTO
Nro. 50	<p>Además de las previstas en el artículo 26 de esta ley, los magistrados de la Fiscalía de Investigaciones Administrativas estarán investidos de las siguientes facultades de investigación:</p> <ul style="list-style-type: none"> a) Disponer exámenes periciales, a cuyo fin podrán requerir de las reparticiones o funcionarios públicos la colaboración necesaria, que éstos estarán obligados a prestar. Cuando la índole de la peritación lo requiera, estarán facultados a designar peritos ad hoc. b) Informar al Procurador General de la Nación cuando estimen que la permanencia en funciones de un Ministro, Secretario de estado o funcionario con jerarquía equivalente o inferior, pueda obstaculizar gravemente la investigación.

2

CAPÍTULO 2 » **CORRUPCIÓN. CONCEPTO. CONSECUENCIAS.
RELACIÓN CON EL DERECHO PENAL**



INTRODUCCIÓN

La complejidad del fenómeno de la corrupción puede percibirse desde el mismo momento en que intentamos definirlo. Se han esbozado numerosas definiciones de corrupción, sin embargo ninguna de ellas ha estado exenta de críticas.

A pesar de ello, y dado que el objeto de este trabajo consiste en explorar el aspecto punitivo de la lucha contra la corrupción, metodológicamente corresponde al menos intentar aproximarnos a las definiciones teóricas y jurídicas disponibles de ese fenómeno para poder llegar a un acuerdo sobre lo que entenderemos por corrupción. Solo así podremos identificar los mecanismos idóneos para combatirla y analizar cómo se inserta entre ellos el ejercicio del poder punitivo por parte del Estado.

Previo a esto, debemos recordar que toda definición se enfrenta con problemas propios del lenguaje, la vaguedad, ambigüedad y la carga emotiva que presentan todas las palabras, los que se acrecientan en el caso de la corrupción.

Así, dentro del imaginario popular se entiende por corrupción desde el pago que se efectúa al acomodador o al boleterero de un cine para obtener una mejor ubicación, hasta el pago de un soborno a un funcionario público para la obtención de un subsidio determinado.

Sin embargo, y a pesar del esfuerzo doctrinario tendiente a precisar el concepto, persisten las dificultades para encontrar un elemento común a todos los actos que son considerados de alguna manera “actos de corrupción”.

Por ello, diversas definiciones del concepto de corrupción (en el ámbito público que es el objeto de esta labor) tratan de precisar su campo de aplicación exigiendo la presencia de algunas características determinadas, por ejemplo, que se encuentren involucrados funcionarios públicos o bien que se vea afectado el interés público o el patrimonio del Estado. Algunas ponen el acento en la confusión entre el interés público y privado y otras en la desviación del poder.

APROXIMACIONES TEÓRICAS AL CONCEPTO DE CORRUPCIÓN

Si partimos del sentido etimológico de la palabra, el diccionario de la Real Academia Española propone una definición amplia del término *corrupción*:

- » Acción y efecto de corromper.
- » Alteración o vicio en un libro o escrito.
- » Vicio o abuso introducido en las cosas no materiales. Por ejemplo: corrupción de costumbres, de voces.
- » En las organizaciones, especialmente en las públicas, práctica consistente en la utilización de las funciones y medios de aquellas en provecho económico o de otra índole, de sus gestores.

Si bien esta última definición se refiere en forma amplia, tanto a la corrupción pública como privada, podemos reconocer en ella dos elementos que de alguna manera estarán presentes en todas las elaboraciones técnicas que pretenden explicar este fenómeno en el marco de la administración pública, por un lado el uso incorrecto de la función pública y por el otro el provecho económico que este abuso genera para quien la ejerce o para otra persona.¹

En tal sentido, el concepto propuesto por Susan Rose-Ackerman sigue este lineamiento de captar en forma amplia a este fenómeno ya que lo describe como “el uso incorrecto del poder público para obtener fines privados”², sin embargo su amplitud y ambigüedad resulta manifiesta.³

Aquí, también se plantea el interrogante de cómo interpretar el sentido de la frase “uso incorrecto del poder público” como contrario a las normas jurídicas o bien como una actuación contraria a normas éticas.

Otras definiciones que tratan de otorgar mayor precisión a este concepto, se basan en el “deber posicional” y recurren necesariamente a un determinado marco normativo de referencia. El sistema normativo respecto del cual un acto o actividad resulta corrupto, se denomina ‘sistema normativo relevante’, entendiéndose por tal: ‘cualquier conjunto de reglas que regulan una práctica social’. Por tanto, el sistema normativo relevante puede ser de carácter económico, jurídico, político, ético, deportivo, etc.⁴.

En el mismo sentido, Malem Seña destaca que se “se pueden definir los actos de corrupción, entonces, como aquellos que constituyen la violación activa o pasiva, de un deber posicional o del incumplimiento de alguna función específica realizados en un marco de discreción con el objeto de obtener un beneficio extraposicional, cualquiera que sea su naturaleza”⁵. El beneficio extraposicional sería la ganancia externa a la actividad correspondiente a la posición.

En estas ideas, aparece más clara la violación de deberes legales por parte del funcionario como elemento esencial de la definición. Sin embargo, si partimos de este concepto, un soborno realizado a un funcionario público para que cumpla su deber o lo haga en tiempo oportuno o en forma eficiente, no sería considerado acto de corrupción.

¹ Un amplio estudio sobre los problemas que presentan las definiciones de corrupción, y la elaboración de un concepto superador, se efectuó en el trabajo elaborado por los Dres. Santiago Eyherabide, Diego Freedman, y Alicia Ginjaume titulado “Aportes para un diseño e implementación eficaz de las políticas públicas anticorrupción”, publicado por el Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo, el que fue especialmente considerado para elaborar este punto del presente capítulo.

² ROSE-ACKERMAN, S. *La Corrupción y los Gobiernos. Causas, consecuencias y reforma*. Siglo Veintiuno de Argentina Editores, Buenos Aires, 2001.

³ En esa misma línea, algunos organismos internacionales como el Banco Mundial y Transparencia Internacional han propuesto la adopción de un concepto amplio de corrupción definiéndola como “el abuso de funciones públicas para fines privados”.

⁴ GARZÓN VALDEZ, E. “Acerca del Concepto de corrupción”, en CRP, N° 56, octubre 1995, pág. 27, en CARTOLANO SCHIAFFINO, Mariano J., “*La Corrupción*”, páginas 36, Ed. Leyer, Bogotá D.C., Colombia, 2009.

⁵ MALEM SEÑA, Jorge, *La corrupción, aspectos éticos, económicos, políticos y jurídicos*, Editorial Gedisa, Barcelona, año 2002.

Para evitar estos problemas otras concepciones ponen el acento en la motivación de estas conductas, esto es perseguir la obtención de beneficios privados, así el elemento definitorio de este tipo de actos sería el elemento subjetivo. Lógicamente esta concepción genera dificultades en el plano procesal, ya que su acreditación estará restringida en la mayoría de las ocasiones a la realización del acto objetivo que pone de manifiesto esa motivación fundada en intereses privados.

Así, por ejemplo, Joseph Nye considera a la corrupción como un comportamiento que se aparta de las obligaciones normales de la función pública por motivos privados (familia, entorno cercano, etc.), pecuniarios o de incremento del status.⁶

Otras posiciones conciben a la corrupción desde una perspectiva moral, basada en los valores de una sociedad determinada. Desde esta perspectiva, aplicable tanto en el orden público como en el privado, la corrupción implica “la violación de determinadas normas morales que rigen la conducta humana en miras al bien y a la perfección”⁷; sosteniendo que en el ámbito público estas normas rigen la conducta del hombre en orden al bienestar general, en cuanto ciudadano o funcionario público (ética pública) y que están reconocidas en los distintos ordenamientos jurídicos. Debemos tener en cuenta que la ley 25.188 que establece una serie de mecanismos para la lucha contra la corrupción desde el punto de vista de la transparencia de los actos públicos y de la persecución penal de los actos de corrupción, lleva el título de “Ética en el ejercicio de la función pública”.

Para estas posturas, la referencia a valores en el concepto de corrupción resulta esencial. En este sentido, entienden que a partir de dicho elemento puede explicarse el hecho de que la mayoría de los funcionarios no realicen actos de corrupción, pese a las diversas oportunidades que se les presentan y a las altas probabilidades de impunidad. Desde este punto de vista, sería la moral la que disuade al individuo de involucrarse en prácticas corruptas⁸.

En relación con este tema, cabe mencionar la “teoría de los costos morales”, que señala que los individuos se encuentran ligados a su área de referencia moral, es decir, a su ambiente de identificación.⁹

⁶ Conforme lo explicado en el trabajo de Eyherabide, Freedman, Ginjaume, obra citada de página 4, cita 9, esta autora sostiene que por corrupción debe entenderse “a un comportamiento que se aparta de los deberes normales de la función pública debido a que atiende a lo privado (familia, allegados) o ganancias pecuniarias o de estatus; o quebranta las reglas en contra de ciertos tipos de influencia que atienden a lo privado. Esto incluye comportamiento tales como el soborno (el uso de recompensas para pervertir el juicio de una persona en posición de confianza); el nepotismo (otorgamiento de patrocinio por razones de relación atribuida en lugar de méritos); y la malversación de fondos públicos para usos privados” (Joseph S. Nye 1967: 966 en Gerald E. Caiden 1997:7.)

⁷ JEANNERET DE PEREZ CORTES, M., “Ética y función pública”, publicado en la Ley Online, año 2005.

⁸ CARTOLANO SCHIAFFINO, Mariano J., *La Corrupción*, pág. 36, Ed. Leyer, Bogotá D.C., Colombia, 2009.

⁹ PIZZORNO, A. “La corruzione nel sistema político”, en DELLA PORTA, D. *Lo scambio occulto. Casi di corruzione politica in Italia, Il Mulino*, Bolonia, 1992; citado por CACIAGLI, M. en *Clientelismo, corrupción y criminalidad organizada*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1996, pág. 55; citado en CARTOLANO SCHIAFFINO, Mariano J., *La Corrupción*, pág. 36, Editorial Leyer, Bogotá D.C., Colombia, 2009.

De acuerdo con esta teoría, el costo moral de un acto de corrupción depende de cuál sea el ambiente cultural de los actores. Así, por ejemplo, será elevado en una organización con un fuerte espíritu corporativo dirigido a la defensa de valores como el “interés general” o el “servicio público”. En esa clase de contexto, los individuos suelen considerar que las eventuales ventajas materiales de la corrupción, no compensan la pérdida moral que conlleva la violación de las normas de grupo. Por el contrario, el costo moral será bajo en medio de un sector empresarial, con una ética fundada exclusivamente en el crecimiento de la empresa¹⁰.

Como conclusión se puede señalar que en todas estas definiciones es posible identificar dos elementos comunes:

El apartamiento de los deberes propios de la función que se desempeña.

La persecución de un beneficio particular propio o para un tercero.

Sin embargo, como ya lo señalamos, ambos criterios presentan dificultades y además el concepto sigue resultando amplio.

Por ello, otros autores tratando de dar una explicación más acabada del fenómeno, y teniendo en cuenta esos elementos, definen la corrupción desde el punto de vista económico, relacionándola con el mercado y considerando que un funcionario público corrupto concibe su cargo como una empresa cuyos ingresos intentará maximizar. De esta manera, el cargo se convierte en una “unidad de maximización” y su sueldo depende de la situación del mercado y de su talento para encontrar el punto de máxima utilidad en la curva de demanda del público.

De tal manera, se observa una visión instrumental de la corrupción que parte de la base que ésta es un fenómeno presente en todas las sociedades y en todas las épocas de la historia, y centra su análisis en los niveles de posible tolerancia partiendo de criterios cuantitativos.

Dentro de esta concepción el origen del problema se encuentra en el Estado, en los mecanismos de la política. A ella responde la fórmula de Robert Klitgaard, quien en su libro “Controlando la corrupción” analizó algunas experiencias de control realizadas en diversos lugares del mundo y desarrolló la siguiente fórmula para detectar problemas de gestión en una organización:

$$C = M + D - R$$

Corrupción es igual a Monopolio más Discrecionalidad menos Responsabilidad (transparencia)

A través de esta fórmula, Klitgaard plantea que la conducta ilícita florece cuando los agentes tienen:

¹⁰ CARTOLANO SCHIAFFINO, Mariano J., *La Corrupción*, páginas 36 y 37, Ed. Leyer, Bogotá D.C., Colombia, 2009.

- » Poder monopólico sobre sus clientes.
- » Grandes facultades discrecionales.
- » Débil responsabilidad ante el mandante.¹¹

Esta interpretación del fenómeno coincide con el planteamiento basado en la llamada 'economía del crimen', que concibe al delito y en general a la transgresión de las normas de cualquier orden, como comportamientos rentables a los que va asociado un cierto riesgo.¹²

En esta línea también se inscribe el Premio Nobel en Economía de 1992, Gary Becker quien en su análisis económico del delito –en general–¹³ afirmó que un delincuente 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 del beneficio 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 beneficios, 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.

Este tipo de planteos, de cuño neoliberal, abogan por la desreglamentación y la reducción del tamaño de la administración, porque sostienen que la intervención del Estado en la vida económica supone la multiplicación de las posiciones de poder y de las ocasiones para captar rentas.¹⁴

Finalmente, existen otras posturas que definen el problema desde el punto de vista sociológico o criminológico que se enfocan en explicar las causas generadoras de la corrupción y en entender su naturaleza y significado. Esta postura, toma especialmente en cuenta el análisis político del fenómeno de la corrupción, poniendo el foco en los efectos negativos que provoca sobre la estructura general de la sociedad.

Partiendo de este punto de vista, y oponiéndose a la explicación económica del fenómeno de la corrupción, el Dr. Julio Virgolini, en su tesis doctoral, sostiene que la visión política de la corrupción adquiere importancia por las implicaciones que tiene sobre la formación o configuración de los modos de convivencia social elegidos por cada comunidad¹⁵.

Este autor señala, que a la palabra corrupción debe atribuírsele un significado similar a la de los vocablos interrumpir o irrumpir, y por ello

¹¹ KLITGAARD, R., *Controlando la corrupción, una indagación práctica para el gran problema social de fin de siglo*, pág. 85, Editorial Sudamericana, Buenos Aires, 1994.

¹² CARTOLANO SCHIAFFINO, Mariano J., obra citada, pág. 58.

¹³ Trabajo publicado bajo el título "Crime and Punishment: An Economic Approach", en la revista *The Journal of Political Economy* de 1968.

¹⁴ "Con ello se pretende desmitificar la función correctora de los mercados a cargo del Estado, tributaria del modelo de burocracia descrito por WEBER. Según este modelo, los funcionarios públicos actúan siempre de forma racional y objetiva; pero la realidad ha dado muestras de que el funcionamiento de las burocracias puede apartarse significativamente del ideal weberiano", CARTOLANO SCHIAFFINO, M. J., *La Corrupción*, pág. 59, Ed. Leyer, Bogotá D.C., Colombia, 2009.

¹⁵ VIRGOLINI, J., obra citada, pág. 245.

caracterizar al verbo corromper como lo que rompe en unión de otros (corrompe). De lo que deriva pudrir o echar a perder como su efecto, dado que se trata de dos esferas, la del que corrompe y la del que se deja corromper. Así, el sentido de la expresión se afirma como una presencia que altera el orden; o como una modificación de la estructura de las reglas: el orden corrompido ya no es el mismo¹⁶.

Además, Virgolini destaca que la visión economicista incurre en una confusión, “es la que, aunque reconoce la existencia de la corrupción privada, trasvasa el problema al Estado y a la política en sí misma, como si ella constituyera la génesis del fenómeno: una especie de amenaza constante de un mal inexorable que sólo puede desembocar en el sabio consejo de alejarse de la política”¹⁷.

Así, en abierta oposición con las teorías economicistas, este autor señala que la solución al problema no es reducir la capacidad de administración y control del Estado e incrementar la del mercado, sino entender que la corrupción se genera precisamente en el mercado y desde allí se instala en las estructuras políticas desde las cuales se consolida y perpetúa en los modos efectivos de hacer política y economía.¹⁸

A través de las diferentes posturas y enfoques presentados hasta aquí es posible identificar los diferentes componentes a tener en cuenta cuando se habla de corrupción y visualizar la complejidad de este fenómeno y su consecuente dificultad para alcanzar una única definición abarcadora y completa.

EL CONCEPTO DE CORRUPCIÓN EN LAS CONVENCIONES INTERNACIONALES

Existen diversos documentos y normas internacionales dedicadas a la Promoción de la Transparencia y la Lucha contra la Corrupción, entre ellos:

- » La *Convención Interamericana contra la Corrupción* de la Organización de los Estados Americanos (CICC – OEA)¹⁹.
- » La *Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción* de la Organización de las Naciones Unidas (ONU)²⁰.

¹⁶ VIRGOLINI, J., obra mencionada, pág. 245, cita 381.

¹⁷ VIRGOLINI, J., obra citada, pág. 248.

¹⁸ En la obra citada de VIRGOLINI, pág. 249, el autor transcribe el siguiente texto “la corrupción de los funcionarios no es solamente un simple hecho puntual que puede explicarse por sí mismo, o por lo mera ambición de los autores, sino que forma parte de un proceso que necesariamente tiene su origen en el mercado, para finalmente volver a él, después de haberse consolidado a través del Estado”, cita 389 de SIMONETTI, José María, *El Fin de la Inocencia*, Ed. Universidad de Quilmes, Buenos Aires, 2002.

¹⁹ Adoptada por la OEA el 29 de marzo de 1996 y aprobada por la República Argentina mediante Ley 24.759, promulgada el 13 de enero de 1997.

²⁰ Aprobada por Resolución 58/4 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de fecha 31 de octubre de 2003, suscripta en Mérida, México el 10 de diciembre del mismo año y aprobada por la República Argentina mediante Ley 26.097, promulgada el 6 de junio de 2006.

- » La *Convención sobre la Lucha contra el Cohecho de los Funcionarios Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE)*²¹.

En ninguna de estas tres convenciones internacionales se incluye una definición teórica de corrupción ni se establece expresamente qué debe entenderse por este fenómeno. En su lugar, las Convenciones internacionales enumeran y describen directamente los actos de corrupción, en los siguientes artículos²²:

CICC OEA	Artículos 6, 8, 9 y 11
Convención ONU	Capítulo 3, artículos 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24 y 25
Convención OCDE	Artículo 1, apartados 1, 2 y 3

Esto se entiende dado lo dificultoso que resulta consensuar una definición teórica, tal como lo dejamos en claro precedentemente, y el hecho de que los conceptos teóricos suelen ser difíciles de verificar en la práctica. Ello ha sido percibido al momento de diseñar, implementar y monitorear las herramientas internacionales para hacer frente a la corrupción.

Por otra parte, existen diversas prácticas asociadas con el fenómeno de la corrupción, que en muchos ordenamientos jurídicos sólo son sancionadas en el orden administrativo. Es por ello que en las convenciones se optó por obviar una definición teórica y se decidió enumerar y describir directamente los actos de corrupción.

Al respecto, cabe destacar, que estas convenciones establecen la obligación de los Estados Parte de tipificar algunos de esos actos como delitos, dejando la posibilidad de hacerlo o no respecto de otras conductas si sus ordenamientos jurídicos o constituciones lo permiten (por ejemplo enriquecimiento ilícito o soborno transnacional, arts. VIII y XI de la CICC).

Así, las figuras descriptas en las normas internacionales prevén elementos objetivos y subjetivos que facilitan:

- » Determinar en la práctica la existencia o no de un hecho de corrupción.
- » Aplicar las consecuencias jurídicas previstas para hechos de corrupción tipificados como delitos.²³

Además, se entiende que en esta normativa se consideró que en la configuración de los hechos de corrupción resulta posible identificar varias

²¹ Adoptada por la OCDE el 21 de noviembre de 1997 y aprobada por la República Argentina mediante Ley 25.319, promulgada el 6 de octubre de 2000.

²² Los textos completos de los artículos mencionados de cada Convención se encuentran disponibles en el Anexo ubicado al final de esta Unidad.

²³ EYHERABIDE, FREEDMAN, GINJAUME, obra citada, pág. 12.

etapas, algunas de ellas de difícil acreditación, por ejemplo: los acuerdos entre funcionarios, la división de tareas entre ellos y los particulares, el desvío del dinero, etc.

Por ello, con la intención de facilitar la investigación de actos de corrupción y castigar a los responsables, las normas internacionales identifican algunos aspectos o manifestaciones de ellos como actos ejecutivos de un delito.

Es decir, las figuras previstas en la normativa internacional abarcan determinadas aristas del fenómeno de la corrupción, por considerarlas relevantes, como lesionar el patrimonio del Estado, o el desarrollo social, o los deberes de los funcionarios públicos al administrar el patrimonio estatal, o la persecución del interés particular por sobre el colectivo público.

En síntesis, las convenciones internacionales presentan ventajas prácticas para la conceptualización jurídica de la corrupción, en tanto:

- » Esclarecen el ámbito de aplicación.
- » Determinan los actos en los que se autoriza el ejercicio del poder punitivo.
- » Resuelven dificultades prácticas que genera la investigación de estos hechos.

En función de lo expuesto, hemos de partir del concepto jurídico que brindan estas convenciones respecto del problema de la corrupción, de las prácticas definidas por ellas como corruptas, sin perjuicio de acudir a desarrollos teóricos cuando ello sea necesario para lograr una comprensión e interpretación más amplia de esos actos.

Por otra parte no podemos dejar de señalar que como novedad a la forma en que se iban mencionando los actos de corrupción, en las distintas convenciones referidas al tema, la Convención ONU, hace referencia a actos de corrupción en el sector privado. Así, en dicho instrumento se tratan las figuras del soborno –tanto activo como pasivo– y la malversación en el sector privado, estableciéndose la obligación de los Estados Parte de considerar al menos la posibilidad de tipificarlos como delitos.²⁴

Este parece ser un nuevo camino que se abre sobre este fenómeno que deberá ser profundizado en los nuevos documentos internacionales.

LOS DAÑOS QUE GENERA LA CORRUPCIÓN

Llegado a este punto, hemos de identificar los efectos nocivos que provoca la corrupción, ya que ello resulta crucial a la hora de definir una política anticorrupción eficaz que contemple las herramientas necesarias para hacer frente a este complejo fenómeno y que permita identificar aquellas más idóneas a utilizar en cada caso.

Sin embargo, para explicar tales daños suele recurrirse a nociones abstractas que son de difícil cuantificación y que terminan desdibujando las gravísimas consecuencias que la corrupción acarrea.

²⁴ Así se establece en el art. 21 de la Convención ONU, ver anexo del Capítulo II.

A ello se suma que, durante mucho tiempo, la corrupción fue considerada como “el delito sin víctimas”, creyendo que el accionar irregular de algunos funcionarios o instituciones sólo afectaba al Estado. Así, desde el punto de vista punitivo debemos recordar que los actos de corrupción en nuestra legislación se encuentran ubicados en el título de los delitos contra la administración pública (Título XI del Código Penal).

Esta percepción de la corrupción comenzó a modificarse cuando se puso de relieve su impacto en la generación de desigualdad social y empobrecimiento de las clases sociales menos favorecidas.

Esta dimensión sobre los efectos de la corrupción viene cobrando cada vez mayor impulso en la comunidad internacional. A modo de ejemplo, en diversas oportunidades el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas ha manifestado su preocupación por el hecho de que el fenómeno de la corrupción y la transferencia de fondos de origen ilícito atenta gravemente contra el disfrute de los derechos humanos, ya sean económicos, sociales y culturales o civiles y políticos, en particular el derecho al desarrollo.

Del mismo modo, en el “Tercer Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Paraguay” de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos se puso de manifiesto que *“el fenómeno de la corrupción no sólo atañe a la legitimidad de las instituciones públicas, a la sociedad, al desarrollo integral de los pueblos y a los demás aspectos de carácter general mencionados supra, sino que tiene además un impacto específico en el disfrute efectivo de los derechos humanos de la colectividad en general”*.

En igual sentido en su informe del año 2008, titulado “Los Derechos Humanos y la Corrupción” Transparencia Internacional expresó que *“la corrupción es la causa y el problema esencial de muchas violaciones de derechos humanos”*. A partir de ese punto, esa asociación internacional considera que cumplir con los derechos humanos y combatir la corrupción presenta puntos en común. Al respecto se sostuvo que *“la reducción de la corrupción mejora el acceso a los servicios públicos, especialmente para los pobres y vulnerables y promueve la transparencia para aumentar el impacto de los recursos dedicados al desarrollo”*²⁵.

Ahora bien, en general, se señala que la cuantificación de los daños de la corrupción es muy compleja porque, entre otros factores:

- » Los daños no son inmediatos, sino mediatizados por la concurrencia de otros hechos o situaciones.
- » No suele haber una víctima directa sino muchas víctimas indirectas,

²⁵ Este tema también fue abordado por el Consejo Internacional de Políticas de Derechos Humanos, en su informe titulado “La Corrupción y los Derechos Humanos – Estableciendo el Vínculo”, manifestó que *“Se ha comprobado que la corrupción tiene un impacto gravemente perjudicial sobre las personas que viven en la pobreza, cuando se comparan con los grupos de personas que disfrutan de un ingreso mayor. La corrupción no sólo afecta al desarrollo económico y desalienta la inversión extranjera en un país, afectando de manera indirecta a los más pobres, sino que además la corrupción reduce el ingreso neto de aquéllos que viven en la pobreza, distorsiona las políticas, programas y estrategias dirigidas trazados para satisfacer sus necesidades básicas y desvía los recursos públicos para inversiones en infraestructura, que son elementos de importancia crucial para lograr reducir la pobreza en un país”* (págs. 12/13).

como usuarios de servicios públicos muy costosos y/o deficientes, vecinos de industrias contaminantes, etc.

Sin embargo, a nuestro entender, resulta posible identificar daños concretos provocados como consecuencia de la corrupción que se traducen en impedimentos para el desarrollo económico y social del país, y afectan el pleno goce de los derechos fundamentales reconocidos a los ciudadanos en las normas de más alta jerarquía del ordenamiento jurídico nacional.

En tal sentido, es indiscutible el impacto político y social de la corrupción, así: el desvío de fondos del Estado por prácticas corruptas a los que tienen contactos políticos o recursos económicos, afecta directamente a la provisión de salud, educación y justicia, entre otros objetivos que guían las políticas públicas²⁶.

De tal manera, cuando un funcionario compra medicinas de mala calidad o en mal estado a precios altos, con la intención de conservar una diferencia del sobreprecio o a cambio de recibir un soborno, y luego, esos medicamentos son distribuidos entre las personas menos favorecidas de una sociedad, la corrupción tiene víctimas muy concretas: produce muertes en los grupos sociales más vulnerables mientras un grupo muy reducido de personas con alto poder adquisitivo se enriquece.

También se debe resaltar que una de las consecuencias políticas más graves de este fenómeno es el efecto antidemocrático o anti-igualitario que genera la corrupción al excluir a diversos sectores de la sociedad del goce de derechos otorgados por los diversos ordenamientos jurídicos.

Ampliando esta idea, Virgolini, en la obra citada, señala entre las consecuencias adversas de la corrupción, la conversión de los derechos que la Constitución y las leyes aseguran a cada ciudadano en su calidad de tal, en bienes privados que pueden ser objeto de negociación en el mercado²⁷.

Derechos como al trabajo, a la educación, a la vivienda, a la salud, que deberían ser sometidos a las reglamentaciones igualitarias que el sistema democrático establece, a través de la corrupción son objeto de una negociación privada o de una concesión arbitraria.

De esta manera, por medio de la corrupción, la satisfacción de las necesidades colectivas a partir de distintas políticas públicas se efectúa teniendo en cuenta los intereses de las personas que tienen capacidad para incentivar económicamente a los funcionarios públicos.

Por otra parte, la doctrina ha identificado otras consecuencias negativas de este fenómeno, y se ha logrado cierto consenso respecto de algunas de ellas. En el "Manual de Investigación de delitos de corrupción"²⁸, publi-

²⁶ En este punto del Capítulo se tuvo en cuenta la publicación el *Manual para el ejercicio de la función pública, ética, transparencia y lucha contra la corrupción en la Administración Pública*, realizado por la Dirección de Planificación de Políticas de Transparencia de la Oficina Anticorrupción.

²⁷ VIRGOLINI, J., obra citada, pág. 255.

²⁸ *Manual de investigación de delitos contra la corrupción*, elaborado por la Fiscalía Anticorrupción de Panamá, Consultor, GUILLERMO, J., Editora Novo Art. S.A, Panamá, año 2007.

cado por la Fiscalía Anticorrupción de Panamá, se resumen estos puntos de la siguiente manera:

ÁMBITO	IMPACTOS
Social	<ul style="list-style-type: none"> » Promueve el aumento de la pobreza y de la exclusión por desvío de recursos. » Obstaculiza la implementación de políticas públicas que aseguren los derechos económicos sociales y culturales. » Genera malestar e inequidad en la población, agrandando la brecha entre ricos y pobres.
Político	<ul style="list-style-type: none"> » Promueve que el acceso a la función pública se motive en apetencias de ganancias personales. » Dificulta o impide a los gobiernos implementar sus políticas públicas y la aprobación de leyes orientadas a prevenir y combatir actos de corrupción. » Debilita la confianza pública en la democracia como forma de gobierno y socava la legitimidad de los gobiernos. » Erosiona la confianza internacional en el gobierno. » Desalienta la participación ciudadana. » Puede promover el financiamiento ilegal de partidos políticos y promover el clientelismo.
Económico	<ul style="list-style-type: none"> » Promueve la fuga de capitales nacionales al exterior. » Genera la disminución de recursos asignados a un área para atender necesidades de otras. » Distorsiona los ámbitos de competencia. » Distorsiona la composición del gasto público cuando los funcionarios focalizan su actividad en áreas que dejan mayores ganancias ilícitas. » Desalienta la inversión genuina y afecta el crecimiento del país.

Todas estas consecuencias nocivas deben considerarse al diseñar políticas anticorrupción, ya que ellas dan cuenta de que la corrupción es un fenómeno complejo y multifacético²⁹.

LA CORRUPCIÓN COMO FENÓMENO COMPLEJO

A partir del desarrollo realizado hasta ahora, y teniendo en especial consideración la diversidad y gravedad de los daños que genera la corrupción, se puede advertir no sólo que estamos en presencia de un fenómeno complejo y multifacético, sino también la necesidad de recurrir a distintas herramien-

²⁹ Existen diversos criterios para clasificar los daños provocados por la corrupción, como por ejemplo, tomar en cuenta la forma en que estos están previstos en los documentos internacionales sobre esta materia, en el orden institucional y económico. Como anexo a este trabajo se agrega un cuadro con dicha clasificación.

tas para poder combatirlo. Un fenómeno complejo necesita múltiples soluciones para afrontarlo. Desde el punto de vista jurídico, estas herramientas pueden concentrarse en dos grandes grupos: preventivas y punitivas.

Las políticas y prácticas preventivas pueden ser definidas como conjunto de normas, sistemas y mecanismos de aplicación y control, que tienen por finalidad evitar que las personas, especialmente los funcionarios públicos, tengan conductas contrarias a la ética pública.

Las políticas punitivas están relacionadas esencialmente con las normas que establecen penas si se cometen determinadas conductas, en este caso concreto, normas que establecen penas si se cometen hechos de corrupción. Nosotros nos enfocaremos en el capítulo III y IV de esta obra, en las normas que prevén sanciones penales por hechos de corrupción en nuestro ordenamiento jurídico.

Debe destacarse que, fuera del ámbito penal, la violación de las normas destinadas a la prevención de actos de corrupción puede dar lugar a la iniciación de los sumarios administrativos pertinentes y eventualmente a la aplicación de una sanción que en muchos casos puede tener un fuerte efecto preventivo, sin necesidad de acudir al sistema penal.

Por otra parte, inclusive en aquellos casos en los que la violación de los deberes de los funcionarios públicos esté vinculada con actos de corrupción tipificados como delitos, el ejercicio del poder disciplinario por parte de la autoridad administrativa no se encuentra condicionado al ejercicio de la acción penal ni al resultado del proceso penal. De tal manera, el efecto preventivo que puede lograrse en este ámbito, desde la disminución del sueldo, hasta la exoneración, puede generar un efecto preventivo muy superior al del ámbito penal y una aplicación más efectiva de las normas de las convenciones citadas.

FUNCIÓN DEL DERECHO PENAL, TEORÍAS DE LA PENA Y RELACIÓN CON LOS ACTOS DE CORRUPCIÓN

Al referirnos al enfoque punitivo de la corrupción, y preguntarnos de qué manera la aplicación de penas a determinadas conductas que ponen de manifiesto este fenómeno influyen en su acotamiento o prevención, inexorablemente debemos formular y responder las siguientes preguntas:

- » ¿Cuál es la función de la pena?
- » ¿Para qué se autoriza al Estado a ejercer el poder punitivo?

Las respuestas a estos interrogantes están directamente vinculadas con la función del Derecho Penal como saber normativo y como sistema creado para interpretar las normas penales, y fueron desarrolladas por las llamadas teorías de las penas. A efectos de recordar estas posturas, se ha realizado un resumen de estas teorías, el que se agregó como un anexo de este capítulo.

A continuación analizaremos diversas normas de las convenciones internacionales citadas con anterioridad, a efectos determinar si ellas se inclinan por algunas de esas teorías al establecer la obligación de los Estados parte de penar diversas conductas consideradas como actos de corrupción.

Relación de las teorías de las penas con la legislación internacional

Los instrumentos internacionales citadas al comienzo de esta Unidad (CICC, CNUCC y OCDE)³⁰ tienen como finalidad promover y fortalecer medidas para *prevenir y combatir*³¹ eficaz y eficientemente la corrupción.

Ahora bien, haciendo una lectura profunda de estas normas, se debe concluir que cada convención desarrolla sus objetivos de diferente manera, los que podrán estar orientados a:

- » Ejercitar la confianza hacia la norma, según la teoría de la prevención general positiva.
- » Disuadir a no delinquir a través de la potencial sanción que recibirá el autor, según la teoría de la prevención general negativa.
- » Observar a la persona que delinque y analizar la forma de reinsertarla en el sistema, según la teoría de la prevención especial positiva.
- » Una combinación de las teorías mencionadas precedentemente, al adoptar las teorías preventivas tanto general como especial.

A la luz de lo expuesto, no cabe duda de que los tres documentos buscan la prevención de este fenómeno tan complejo. Se puede concluir, entonces, que en ellos se descarta como finalidad de la pena la venganza o bien, todo tipo de propósito retributivo.

Sin embargo, se advierten claros límites al ejercicio arbitrario del poder punitivo del Estado adoptados por esos documentos internacionales. Esos límites se observan en la exigencia de que la aplicación de la pena se funde en la responsabilidad o culpabilidad de la persona que cometió el delito y en la exigencia de proporcionalidad de las penas a aplicar, que se encuentran previstas en la normativa internacional³².

Con la intención de explorar y comprender el objetivo de cada una de las convenciones en materia de delitos de corrupción, a continuación, se presenta un análisis de cada una de ellas en orden de vigencia.

Convención Interamericana contra la Corrupción [OEA]

La CICC es un instrumento enfocado principalmente en las consecuencias institucionales y sociales de la corrupción. En este sentido, desde su preámbulo aspira a generar un ámbito de conciencia entre la población de los Estados Parte sobre la gravedad de este flagelo con miras a fortalecer, de esa manera, la participación de la sociedad en la prevención y lucha de la corrupción.

Así, establece como propósito en su artículo II ap. 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.*

³⁰ Convención Interamericana contra la Corrupción [aprobada por Ley 24.759], Convención sobre la Lucha contra la Corrupción de Agentes Públicos extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales (aprobado por Ley 25.319), Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (aprobada por Ley 26.097).

³¹ Conforme preámbulo y artículo II CICC., preámbulo Convención OCDE, preámbulo y artículo I, inc. a de la CNUCC.

³² Por ejemplo, Convención ONU, artículo 30 inc. 1 y 5.

Con relación a ello, podemos ver que, en forma amplia, se intenta contener a los actos de corrupción en todas sus etapas con el propósito final de “arrancarla” del sistema. En el ínterin, desarrolla un conjunto de medidas preventivas con la finalidad de que ellas ayudarán a preservar la confianza de la sociedad en la integridad de los funcionarios públicos en general y, en particular, en la actividad del Estado.

A modo ejemplificativo, la CICC lleva a articular:

- » Normas de conducta para el correcto, honorable y adecuado cumplimiento de las funciones públicas.
- » Medidas para prevenir conflictos de intereses.
- » Sistemas para asegurar la adecuada comprensión de las responsabilidades y normas de ética de las entidades públicas.
- » Sistemas adecuados para la recaudación y el control de los ingresos del Estado.
- » Órganos de control superior, con el fin de desarrollar mecanismos modernos para prevenir, detectar, sancionar y erradicar la corrupción.
- » Mecanismos para estimular la participación de la sociedad civil y de las organizaciones no gubernamentales en los esfuerzos destinados a prevenir la corrupción.

Ahora bien, la primera conclusión a la que podemos arribar, es que al prever la Convención el ejercicio del poder punitivo respecto de determinados actos (arts. VI, VII, VIII y IX), la finalidad de fortalecer la confianza en las normas que rigen la actuación de los funcionarios públicos y prevenir de esta manera la comisión de estos actos debería guiar también la aplicación de esas medidas.

Desde este punto de vista, la aplicación de la pena cumplirá una función simbólica, motivando a los ciudadanos a evitar la comisión de actos de corrupción, el castigo efectivo tendrá como consecuencia la efectiva vigencia de la norma. Si la norma prohíbe el soborno pero no se lo castiga, la población percibirá que no se persigue este delito; sino se castiga a los poderosos o a los políticos que ocupan altos cargos que cometen estos delitos la población percibirá que la norma no tiene vigencia respecto a ellos, y la consecuencia natural de ello sería el incremento de la corrupción.

Otras disposiciones de la Convención relacionadas con los actos de corrupción pueden también ser analizadas desde esta finalidad, así, el art. XV que prevé la asistencia o cooperación de los Estados Parte, a efectos de rastrear, inmovilizar, confiscar y decomisar bienes obtenidos o derivados de la comisión de delitos tipificados conforme a esa legislación. Sin lugar a dudas, ella no sólo apunta a reparar el daño generado por esos delitos, sino a dar un claro mensaje tendiente a restituir la confianza en el ordenamiento jurídico lesionado por esos actos.

También son medidas que tienden a otorgar eficacia a las sanciones en el sentido explicado las normas sobre extradición (art. XIII), o que establecen la obligación de asistencia y cooperación en la investigación de estos delitos u obtención de pruebas (art. XIV), o el levantamiento del secreto bancario en estos tipos de delitos ante el pedido de asistencia de otro Estado Parte (art. XVI).

Por último, cabe destacar que la Convención sólo desarrolla propuestas preventivas en el ámbito público, en el convencimiento de que resulta esencial generar en ese ámbito un cambio hacia una cultura de mayor transparencia y legalidad.³³

Convención sobre la Lucha contra la Corrupción de Agentes Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales [OCDE]

En la Convención OCDE, desde su preámbulo se perfila el objeto de dicho instrumento orientado a establecer medidas eficaces para la *disuasión, prevención y lucha* contra la corrupción de agentes públicos extranjeros en relación con las transacciones comerciales. Ello, en función de que en este instrumento se evidencia una preocupación primordial por las distorsiones de los mercados competitivos en las relaciones económicas internacionales.

Al igual que la CICC insiste a los Estados Parte con el objeto de que tipifiquen como delito los actos de corrupción que enumera en su artículo 1º. Pero lo interesante de esta Convención se centra en el artículo 3º caratulado *Sanciones*.

Y ello es así, toda vez que sugiere la aplicación de penas *eficaces, proporcionadas y disuasorias*. Es decir, que busca que el Estado sancione a los autores por los actos de corrupción cometidos en razón de la violación a la norma, graduando las penas según el conflicto social creado y apuntando a desalentar, a su vez, la comisión de hechos futuros –ante la amenaza de la pena–.

Se busca claramente motivar a la sociedad a efectos de que no se cometan los delitos objeto de esta Convención. Lógicamente, al tomar posición por esta postura, este instrumento exige el esfuerzo de los Estados Parte en la eficacia del ejercicio del poder punitivo, lo que se debe traducir en una investigación ágil y expedita, y en la aplicación de penas a aquellos que cometen estos actos, sobre todo a los responsables de los actos de corrupción de gran envergadura.

Como otro elemento disuasivo relevante, en esta convención se presenta la necesidad de establecer la responsabilidad de las personas jurídicas por el cohecho a un funcionario público extranjero.

Se puede concluir, por lo expuesto, que la finalidad de la pena varía con respecto a la CICC ya que, pese a que ambas se sitúan dentro de la prevención general, la Convención OCDE se orienta a motivar al ciudadano a distanciarse de determinada conducta disvaliosa (actos de corrupción).

³³ En este sentido, resulta relevante mencionar la resolución 2013/2004 dictada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, quien al perseguir la facilitación y determinación de la existencia de actos de corrupción dentro del mismo sistema judicial, hizo prevalecer los compromisos asumidos por el Estado argentino a nivel internacional respecto de la CICC en la inteligencia de que dicha postura “ayudará(n) a preservar la confianza en la integridad de los funcionarios públicos y en la gestión pública” (conf. artículo 3º, ap. 1 de la CICC).

Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción [ONU]

La CNUC realiza una propuesta más exhaustiva y ordenada de los actos de corrupción a prevenir y de las formas de combatirlos.

Su preámbulo, al igual que en las anteriores convenciones, efectúa una síntesis de sus objetivos y procura no sólo la prevención y lucha de los actos corruptos sino también disuadirlos. Dicha finalidad se traduce en el articulado del documento y está plasmada a lo largo de todo el Capítulo I juntamente con el ámbito de aplicación (prevención, investigación y enjuiciamiento de los actos de corrupción).

Asimismo, en su Capítulo II se dedica a establecer y fomentar políticas y estrategias de prevención, dirigidas tanto al ámbito público como al privado (sea la Administración Pública en general, el Poder Judicial y Ministerio Público, el sector privado, sociedades y organismos no gubernamentales). Los verbos rectores son: prevenir, evitar, mantener, fortalecer, reforzar, detectar, vigilar, luchar y combatir.

A diferencia de ello, en el Capítulo III se tipifican las conductas relacionadas con hechos de corrupción (peculado, tráfico de influencias, enriquecimiento ilícito, blanqueo del producto del delito, entre otros). Y lo interesante de este capítulo lo encontramos en el artículo 30 *Proceso, fallo y sanciones*.

Según dicho artículo, en la aplicación de las sanciones se deberá tener en cuenta la gravedad de los delitos cometidos cuidando de obtener la máxima eficacia en las medidas adoptadas para hacer cumplir la ley respecto de ellos, teniendo en miras la imperiosa necesidad de prevenirlos.

Las sanciones que prevé abarcan un gran espectro: levantamiento de inmunidades y prerrogativas; evaluación de la prisión preventiva en los casos que sea necesaria para garantizar la comparecencia de los acusados; destitución, suspensión o reasignación de funcionarios de los cargos ejercidos respetando el principio de inocencia; inhabilitación por período determinado.

Y, por último, en el apartado 10º concluye que cada Estado Parte procurará promover la reinserción social de las personas condenadas por delitos tipificados en la CNUCC.

En esta convención también se estableció el compromiso de que los Estados prevean responsabilidades de tipo penal, civil y administrativo para las personas jurídicas involucradas en hechos de corrupción.

Entonces, por un lado busca anticiparse a los hechos para que éstos no ocurran, por ejemplo, a través de elaboración de políticas y prácticas que promuevan la participación de la sociedad y reflejen principios con apego a la ley, la debida gestión de los asuntos públicos, la integridad, la transparencia y la obligación de rendir cuentas.

Por otro lado, intenta atacar las conductas corruptas mediante sanciones, sea a personas físicas como jurídicas, de acuerdo a la gravedad de los delitos y a la vez prevenirlos. Y, como fin último, incluye la resocialización de los condenados.

Otro elemento crucial para la CNUCC es la recuperación de activos³⁴. Al estar dirigidas a identificar, congelar y suprimir las ganancias obtenidas

³⁴ El recupero de activos está tratado en el artículo 31 de la CNUCC y en todo su capítulo V.

ilícitamente a raíz de un hecho de corrupción, esta herramienta se presenta como un fuerte mecanismo disuasivo.

Lo dicho nos ubica ante una finalidad mixta de la prevención, tanto general (positiva y negativa) como especial. Mira a la sociedad y al autor. A la sociedad, básicamente exigiendo a los Estados Parte que las penas se apliquen con la finalidad de desalentar a potenciales infractores, aunque tampoco puede descartarse la finalidad de fortalecer la confianza en el derecho lesionada por estos delitos³⁵, ni de considerar al autor en concreto de actos de corrupción, con la aspiración de llegar a una resocialización.

Análisis comparativo entre las Convenciones

Hasta aquí, pudimos observar que pese a que las diferentes convenciones persiguen como uno de sus objetivos fundamentales la prevención de la corrupción, cada una incluyó ribetes particulares que hacen que tengan ciertos mecanismos diferenciados para su logro.

Ahora bien, se debe resaltar nuevamente que las finalidades preventivas que ellas postulan respecto del ejercicio del poder punitivo, exigen la efectiva aplicación de la pena respecto de funcionarios públicos y particulares que comenten esos actos; lo que obliga a los Estados Parte no sólo a tipificar esos delitos en sus legislaciones sino a efectuar todo lo necesario para generar herramientas eficaces para investigarlos e instrumentar procesos ágiles y transparentes para juzgar y condenar a estas personas.

Esta conclusión puede sostenerse incluso partiendo de la teoría agnóstica de la pena, ya que resulta claro que la investigación eficaz de estos delitos y la condena de los funcionarios que incurren en ellos, tendría la ventaja de disminuir la irracionalidad que de acuerdo a esta teoría, es propia del ejercicio del poder punitivo por parte del Estado.

En efecto, a diferencia de lo que ocurre comúnmente, en estos supuestos la selección no recaería sobre las personas que encuadran en el estereotipo típico de “delincuente” (sujetos de personalidad débil y maleable, de bajo grado de instrucción y clase social), sino sobre aquéllas que en principio no son vulnerables, que se encuentran más cercanas al poder y de las que se puede llegar a presumir que gozan de cierta cobertura; demostrando así un ejercicio más igualitario del poder punitivo, lejos de la selectividad que en general lo caracteriza.

En definitiva, desde cualquiera de estas teorías será esencial que se detecte, se investigue y en caso de corresponder se condene a aquellas personas que cometen estos actos tipificados como delitos. Sin embargo, la complejidad propia de los actos de corrupción, obstaculiza el logro de estos objetivos, sobre todo el de investigación; ello nos lleva a profundizar las dificultades que generan estos actos en la investigación penal, y que deben ser considerados para que el Estado pueda encarar una política punitiva eficiente en la lucha contra la corrupción.

³⁵ Ver por ejemplo el artículo 31, referido al embargo preventivo, incautación y decomiso de los bienes destinados a utilizarse en la comisión de delitos tipificados con arreglo a la convención, que se explican en gran parte en la necesidad de restablecer la confianza de la sociedad en el ordenamiento jurídico y en la honestidad de los funcionarios públicos, lesionada por esos delitos.

FACTORES QUE DIFICULTAN LA INVESTIGACIÓN PENAL

Al respecto, siguiendo el orden y el desarrollo efectuado en el mencionado Manual para la Investigación de delitos de corrupción, elaborado por la Fiscalía Anticorrupción de Panamá, se pueden identificar seis factores que dificultan el ejercicio del poder punitivo del Estado en los delitos de corrupción, a saber:

- » El carácter estructural de la corrupción.
- » La estructura de los delitos de corrupción.
- » Las redes de corrupción.
- » El poder de los imputados.
- » La globalización del comercio y de la corrupción.
- » La falta de coordinación interinstitucional.

A continuación se analizará brevemente cada uno de estos factores.³⁶

El carácter estructural de la corrupción

Existen muchos países, en los cuales la corrupción no es solamente una violación aislada a la ley penal (corrupción marginal) sino que se trata de un fenómeno estructural. Es decir, que además de constituir un conjunto de acciones que contradicen diversos supuestos de la ley penal, es un fenómeno permitido y estimulado por otros sistemas de reglas formales e informales, públicas y privadas, que coexisten con las normas penales.

En estos casos, la cultura general es permisiva a las violaciones de las reglas, los sobornos son una forma generalizada de resolver conflictos, y los organismos de control no cumplen con su función.

Si tomamos las posturas según las cuales los sistemas penales están diseñados para reducir o minimizar riesgos o amenazas sociales de carácter aislado y marginal, aquí se parte de la convicción que existe un alto porcentaje de personas que, sujetas a las reglas del sistema legal, se comportarán de acuerdo a dichas normas. Esta posición se podría extender a la mayoría de los delitos clásicos (homicidios, violaciones, privaciones de la libertad, etc.).

Ahora bien, si una gran parte de la población se comportara habitualmente en violación a las reglas, como las poblaciones en donde la corrupción resulta un fenómeno estructural, el sistema penal como herramienta de control, desde este punto de vista, resultaría insuficiente. En este caso, las respuestas deben surgir del ámbito político y social.

En cambio, en aquellas sociedades donde la cultura general respeta las reglas formales, las transgresiones a estas resultan marginales, y por ello se darían casos aislados de corrupción. Aquí resulta posible que los

³⁶ A efectos de desarrollar este punto de la Unidad, se tuvo en cuenta esencialmente el Manual para la Investigación de delitos de corrupción, elaborado por la Fiscalía Anticorrupción de Panamá, aunque también se consideró el trabajo ya mencionado elaborado por la Dirección de Planificación de Políticas de Transparencia de la Oficina Anticorrupción, la tesis doctoral del Dr. Julio Virgolini, y el trabajo de los Dres. Eyherabide, Freedman y Ginjaume, todos citados previamente.

organismos de control actúen con eficacia, pudiendo demostrar capacidad en detectar los casos de corrupción, aislarlos y sancionarlos.³⁷

La realidad político-institucional de un país no coincide exactamente con alguno de estos dos extremos. Por lo general, se halla en una situación que va de un extremo a otro de esta línea, a veces más cerca de la corrupción marginal y otras veces más cerca de la estructural. A su vez, la variedad de realidades hace que puedan coexistir ámbitos con corrupción marginal y ámbitos con corrupción estructural en el mismo momento histórico.

Estas características influyen sin lugar a dudas en el diseño de políticas eficientes de prevención de la corrupción, ya que determinan cuando puede prevenirse una conducta desde el punto de vista punitivo, y cuando resulta conveniente recurrir a otro tipo de herramienta.

La estructura de los delitos de corrupción

Otro factor importante que dificulta la investigación de los delitos de corrupción es que tienen ciertas características que los distinguen de los delitos más tradicionales, como el homicidio o el robo.

Los órganos encargados de hacer cumplir la ley han sido tradicionalmente entrenados en técnicas para combatir los llamados delitos contra la propiedad, como robos, hurtos, extorsiones, chantajes, fraudes, estafas, defraudaciones. En ellos existe una disminución del patrimonio de la víctima fruto de un desapoderamiento (robo, hurto) o bien una transferencia de la víctima generada en un error provocado o no por el autor, del que se aprovecha otra persona (estafas, defraudaciones).

Resulta claro que en estos casos la víctima no desea que estas transferencias ocurran, surge en forma clara su falta de consentimiento ante estos ataques a su propiedad.

Quienes son desapoderados o transfieren su propiedad motivados por un error, son personas físicas o personas jurídicas (sus representantes) claramente identificables, que están en condiciones de recurrir a las autoridades tanto en procura de castigo para el infractor (justicia penal) como para poner en marcha los mecanismos legales necesarios para obtener una restitución de la propiedad disminuida (justicia civil).

Las autoridades penales pueden ser informadas de un hecho delictivo (denuncia) y también de sus características (evidencias): autor, condiciones de modo, tiempo y lugar. Esas evidencias son las que permiten organizar la investigación del hecho. Al ser la víctima una persona física o jurídica y al presentar datos concretos, facilita la tarea de las autoridades.

La estructura de los delitos de corrupción motivados en el lucro o las ganancias económicas que persiguen quienes los cometen no responde a esta tipología tradicional, por las siguientes razones:

- » Las transferencias de riqueza que se producen en los delitos de corrupción cuentan, en general, con el consentimiento de los representantes del Estado que administran el patrimonio estatal y que

³⁷ Conforme obra elaborada por la Dirección de Políticas de Transparencia de la Oficina Anticorrupción, citada precedentemente.

participan de estos hechos. En este sentido ellas son voluntarias y lo que fundamenta la prohibición proviene de la afectación institucional o económica que representa (la administración pública). Al ser las transferencias voluntarias no existirían víctimas directas.

- » La ausencia de víctimas directas tiene, como consecuencia, la ausencia de denuncia. Cuando las transferencias de propiedad son consentidas, ninguno de los involucrados denunciará el hecho. En consecuencia, los investigadores carecen de los insumos básicos para la investigación (víctimas directas que denuncian hechos y aportan evidencias).
- » Los hechos de corrupción ocurren en secreto y rara vez se documentan. Muchos son imposibles de probar con los estándares del derecho penal. Es el caso de la dádiva, por ejemplo, que puede constituir un intercambio de palabras de 20 segundos, en un lugar privado, sin testigos o documentos de por medio.
- » La falta de justificación normativa, o de necesidad de un acto de un funcionario público dictado en el ámbito de su competencia, o el perjuicio al Estado, la persecución de un interés privado o distinto al público perseguido por un acto como el señalado, que ponen en evidencia la existencia de un acto de corrupción, depende de un juicio hipotético respecto de lo que el funcionario debió hacer en lugar de lo que hizo, o de porqué no era necesario el acto dictado o porqué ese acto era contrario al interés que debía procurar. En definitiva, demostrar de qué modo un acto diferente, que jamás se produjo, era realmente el acto debido.
- » Los autores actúan con profesionalidad, conocen profundamente el ámbito de actuación y los mecanismos de control existentes como para dotar formalmente al acto corrupto de apariencia de legalidad.
- » El cuerpo del delito suele ser dinero u otro tipo de activos que son muy difíciles de localizar debido a su fungibilidad y a la ingeniería financiera de lavado de activos a la que suele recurrirse en este tipo de hechos. Comúnmente quienes cometen este tipo de actos hábilmente canalizan los fondos espurios a través de sociedades fantasma, personas interpuestas, acuden a plazas financieras off shore o a paraísos fiscales, por ejemplo³⁸.
- » Con posterioridad al hecho, sus autores se mantienen en una situación de dominio de la información que les facilita el ocultamiento de toda la evidencia.

Las redes de corrupción

Un tercer fenómeno que dificulta las investigaciones de los delitos de corrupción, es que éste se enquistó en el seno de la sociedad, formando redes de complicidades muy difíciles de penetrar con las herramientas tradicionales del derecho penal.

Cuando la corrupción es estructural y está inmersa en las elites políticas y en el mundo de los negocios, es importante comprender los re-

³⁸ Ídem.

cursos e intereses que moviliza. En algunos contextos, los intercambios son exclusivamente económicos. En otros son la solidaridad, la amistad, la reciprocidad y la violencia las que movilizan estos delitos. Los individuos que integran una red de corrupción, tienden a integrar la vida social y económica del grupo alrededor de los miembros de esta red.

La obediencia a la autoridad no es formal, sino que depende del grado de poder que ejerza cada persona en la red. El clientelismo político es un buen ejemplo de cómo se forman las redes de corrupción, en tanto no es una relación basada en términos legales o contractuales, sino una relación asimétrica basada en la desigualdad de poder entre el patrón y el cliente: el patrón monopoliza algunos recursos políticos y económicos que son importantes para el cliente. Los sentimientos de lealtad y reciprocidad que producen estas relaciones son, en muchos casos, más fuertes que los que produce la propia ley.

Estas características, si bien son percibidas por la generalidad de la población, no están escritas y son estrictamente confidenciales. Se presuponen pero no se enuncian.

La combinación de estos factores hace que las redes de corrupción sean un lugar de intercambio de recursos que funciona como un mercado de favores e información. Por ejemplo, dar empleo a un familiar puede en el futuro ser la base para conseguir información confidencial, contactos y también contratos.

Como los favores son difíciles de evaluar, las deudas entre los miembros de la red nunca se cancelan del todo. Siempre alguien le debe algo a otra persona. Ello hace que la circulación de favores y complicidades se mantenga viva.

Las características de las redes de corrupción, como la generación de autoridades informales, la cohesión, las lealtades y la reciprocidad dificultan la obtención de evidencia y deben ser tenidas en cuenta a la hora de diseñar estrategias de investigación de delitos de corrupción.

El poder de los imputados

En casos de corrupción en los que altos funcionarios públicos están involucrados, la investigación es difícil de realizar por las facilidades que ellos tienen para manipular la evidencia –destruirla o construir evidencia falsa–, y para ejercer presiones sobre posibles testigos, poseedores de evidencias e, inclusive, sobre quienes deben encargarse de investigarlos, acusarlos y sentenciarlos.

En todo ello influye también la coyuntura política y económica, además del apoyo político y social que tiene el imputado. Por ejemplo, una medida de prueba que no se adopte a tiempo puede fracasar si la noticia se filtra en los medios de comunicación, o bien se pueden realizar presiones a funcionarios administrativos para que no declaren o no acompañen una prueba documental o generar dificultades prácticas para disponer un allanamiento.

La globalización del comercio y de la corrupción

La apertura económica de los Estados como los procesos de privatización, desregulación e integración económica, eliminación del control de capita-

les, y los avances tecnológicos en las comunicaciones y en el transporte (transacciones bancarias en el instante, transporte de mercaderías, etc.), han complicado las investigaciones sobre corrupción.

La liberalización de los mercados financieros ha permitido el uso de institutos jurídicos, a través de los cuales se ocultan los pagos corruptos tras máscaras societarias, e implica procesos complejos de cooperación internacional para la identificación, congelamiento y recupero de los bienes afectados.

Estos cambios políticos y tecnológicos han generado un aumento en las inversiones extranjeras directas para el intercambio de bienes y servicios. El aumento del comercio internacional implicó la internacionalización de la corrupción, en tanto están implicadas personas jurídicas y físicas de distintas nacionalidades. En este sentido, se habla de la globalización de la corrupción, haciendo que las investigaciones en la mayoría de los casos, se conviertan también en un problema transnacional.

Por ello, una eficiente política punitiva en materia de actos de corrupción debe ir acompañada de una serie de medidas tendientes a prevenir, investigar y penar las maniobras de lavado de activos de origen delictivo.

La falta de coordinación interinstitucional

La complejidad de las administraciones públicas impacta en la investigación de cada caso de corrupción en tanto será necesaria la intervención de varias agencias que no suelen estar acostumbradas a actuar de manera coordinada.

En contextos de corrupción estructural, los funcionarios honestos son además proclives a actuar aisladamente, bien porque no confían en que las restantes instituciones del Estado actúen conforme al derecho, o bien porque sospechan que en determinadas instituciones actúan redes de corrupción que obstaculizarán la investigación.

A ello, se suma que el derecho penal tiene limitaciones teóricas que tienden a que las investigaciones se realicen aisladamente. Al derecho penal clásico le será muy difícil unir todos estos hechos y comprender cuáles son los móviles detrás de cada uno de ellos. Por esta razón, para que las investigaciones de casos de corrupción sean llevadas con cierta lógica, es necesario que se entrene a los funcionarios con competencia en la materia para comprender el funcionamiento de las redes de corrupción.

También resultará necesaria la cooperación entre diversos organismos nacionales e internacionales en cuanto a la obtención de información y elementos de pruebas y estrategias imaginativas y abarcadoras respecto de la investigación de estos tipos de delitos.

BIBLIOGRAFÍA UTILIZADA PARA ESTE CAPÍTULO:

- BARAGLI, N. "Políticas públicas de transparencia", Publicado en *Derecho Comparado de la Información*, México D.F., Universidad Nacional Autónoma de México – UNAM – Instituto de Investigaciones Jurídicas, Número 5, Enero-Junio 2005.
- EYHERABIDE, S.; FREEDMAN, D.; GINJAUME, A., "Aportes para un diseño e implementación eficaz de las políticas públicas anticorrupción" en *XVIII Concurso de Ensayos del CLAD sobre Reforma del Estado y Modernización de la Administración Pública*, Publicado por el Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo, Caracas, 2005.
- FISCALÍA ANTICORRUPCIÓN DE PANAMÁ, GUILLERMO, J. (consultor), *Manual de investigación de delitos contra la corrupción*, elaborado por la Fiscalía Anticorrupción de Panamá, Panamá, Editora Novo Art. S.A., 2007.
- GÓMEZ, N. y BELLO, M.A., *Ética, transparencia y lucha contra la corrupción en la Administración Pública. Manual para el ejercicio de la Función Pública*, Buenos Aires, 2009.
- JACOBS, G., *Derecho Penal, Parte General, Fundamentos y Teoría de la imputación*, 2da edición corregida, Madrid, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas S.A., 1991.
- JEANNERET DE PÉREZ CORTÉZ, M., "Ética y función pública" en: *Revista jurídica argentina La Ley*. Buenos Aires. La Ley. 2005: D (2005), pp. 1097-1106.
- KLITGAARD, R. *Controlando la corrupción*, Buenos Aires, Sudamericana, 1992.
- MALEM SEÑA, Jorge, *La corrupción, Aspectos éticos, económicos, políticos y jurídicos*, Barcelona, Gedisa, 2002.
- MALEM SEÑA, Jorge, *Globalización, comercio internacional y corrupción*, Barcelona, Gedisa, 2000.
- MALEM SEÑA, J., *La corrupción*, Barcelona, Gedisa, 2002.
- ROSE-ACKERMAN, S. *La corrupción y los gobiernos. Causas, consecuencias y reforma*, Buenos Aires, Siglo Veintiuno de Argentina Editores, 2001.
- ROXIN, C., *Autoría y dominabilidad del hecho en Derecho Penal*, Madrid, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas S.A., 1998.
- SCHIAFFINO CARTOLANO, M. J., *La Corrupción*, pág. 58, Bogotá D.C., Colombia, Ed. Leyer, 2009.
- VIRGOLINI, J., *Crímenes excelentes, Delitos de cielo blanco, crimen organizado y corrupción*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2004.
- ZAFFARONI, E.; SLOKAR, A.; ALAGIA, *Derecho Penal, Parte General*, Buenos Aires, Editorial Ediar, 2000.

En esta sección se presentan tres anexos:

- » En el primero se presentan los textos completos de los artículos que mencionan y describen los actos de corrupción en las Convenciones internacionales trabajadas en esta Unidad.
- » En el segundo se presenta un desarrollo de las Teorías de las Penas.
- » En el tercero se presentan una clasificación de los Daños provocados por los actos de corrupción conforme el contenido de las Convenciones Internacionales sobre esta materia.

ANEXO I:

Artículos que mencionan y describen los actos de corrupción en las Convenciones internacionales

Convención Interamericana contra la Corrupción [OEA]

ARTÍCULO N°	TEXTO
Artículo VI Actos de corrupción	<ol style="list-style-type: none"> 1. La presente Convención es aplicable a los siguientes actos de corrupción: <ol style="list-style-type: none"> a) El requerimiento o la aceptación, directa o indirectamente, por un funcionario público o una persona que ejerza funciones públicas, de cualquier objeto de valor pecuniario u otros beneficios como dádivas, favores, promesas o ventajas para sí mismo o para otra persona o entidad a cambio de la realización u omisión de cualquier acto en el ejercicio de sus funciones públicas; b) El ofrecimiento o el otorgamiento, directa o indirectamente, a un funcionario público o a una persona que ejerza funciones públicas, de cualquier objeto de valor pecuniario u otros beneficios como dádivas, favores, promesas o ventajas para ese funcionario público o para otra persona o entidad a cambio de la realización u omisión de cualquier acto en el ejercicio de sus funciones públicas; c) La realización por parte de un funcionario público o una persona que ejerza funciones públicas de cualquier acto u omisión en el ejercicio de sus funciones, con el fin de obtener ilícitamente beneficios para sí mismo o para un tercero; d) El aprovechamiento doloso u ocultación de bienes provenientes de cualesquiera de los actos a los que se refiere el presente artículo; y e) La participación como autor, co-autor, instigador, cómplice, encubridor o en cualquier otra forma en la comisión, tentativa de comisión, asociación o con-fabulación para la comisión de cualquiera de los actos a los que se refiere el presente artículo. 2. La presente Convención también será aplicable, de mutuo acuerdo entre dos o más Estados Partes, en relación con cualquier otro acto de corrupción no contemplado en ella.

ARTÍCULO N°	TEXTO
<p>Artículo VII</p> <p>Legislación interna</p>	<p>Los Estados Partes que aún no lo hayan hecho adoptarán las medidas legislativas o de otro carácter que sean necesarias para tipificar como delitos en su derecho interno los actos de corrupción descritos en el Artículo VI.1. y para facilitar la cooperación entre ellos, en los términos de la presente Convención.</p>
ARTÍCULO N°	TEXTO
<p>Artículo VIII</p> <p>Soborno transnacional</p>	<p>Con sujeción a su Constitución y a los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, cada Estado Parte prohibirá y sancionará el acto de ofrecer u otorgar a un funcionario público de otro Estado, directa o indirectamente, por parte de sus nacionales, personas que tengan residencia habitual en su territorio y empresas domiciliadas en él, cualquier objeto de valor pecuniario u otros beneficios, como dádivas, favores, promesas o ventajas, a cambio de que dicho funcionario realice u omita cualquier acto, en el ejercicio de sus funciones públicas, relacionado con una transacción de naturaleza económica o comercial.</p> <p>Entre aquellos Estados Partes que hayan tipificado el delito de soborno transnacional, éste será considerado un acto de corrupción para los propósitos de esta Convención.</p> <p>Aquel Estado Parte que no haya tipificado el soborno transnacional brindará la asistencia y cooperación previstas en esta Convención, en relación con este delito, en la medida en que sus leyes lo permitan.</p>
ARTÍCULO N°	TEXTO
<p>Artículo IX</p> <p>Enriquecimiento ilícito</p>	<p>Con sujeción a su Constitución y a los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, los Estados Partes que aún no lo hayan hecho adoptarán las medidas necesarias para tipificar en su legislación como delito, el incremento del patrimonio de un funcionario público con significativo exceso respecto de sus ingresos legítimos durante el ejercicio de sus funciones y que no pueda ser razonablemente justificado por él.</p> <p>Entre aquellos Estados Partes que hayan tipificado el delito de enriquecimiento ilícito, éste será considerado un acto de corrupción para los propósitos de la presente Convención.</p> <p>Aquel Estado Parte que no haya tipificado el enriquecimiento ilícito brindará la asistencia y cooperación previstas en esta Convención, en relación con este delito, en la medida en que sus leyes lo permitan.</p>

Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción [ONU]

La tabla que sigue a continuación presenta los artículos correspondientes al Capítulo III *Penalización y aplicación de la ley* de esta Convención.

ARTÍCULO N°	TEXTO
<p>Art. 15</p> <p>Soborno de funcionarios públicos nacionales</p>	<p>Cada Estado Parte adoptará las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente:</p> <ol style="list-style-type: none"> La promesa, el ofrecimiento o la concesión a un funcionario público, en forma directa o indirecta, de un beneficio indebido que redunde en su propio provecho o en el de otra persona o entidad con el fin de que dicho funcionario actúe o se abstenga de actuar en el cumplimiento de sus funciones oficiales; La solicitud o aceptación por un funcionario público, en forma directa o indirecta, de un beneficio indebido que redunde en su propio provecho o en el de otra persona o entidad con el fin de que dicho funcionario actúe o se abstenga de actuar en el cumplimiento de sus funciones oficiales.
ARTÍCULO N°	TEXTO
<p>Art. 16</p> <p>Soborno de funcionarios públicos extranjeros y de funcionarios de organizaciones internacionales públicas</p>	<ol style="list-style-type: none"> Cada Estado Parte adoptará las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente, la promesa, el ofrecimiento o la concesión, en forma directa o indirecta, a un funcionario público extranjero o a un funcionario de una organización internacional pública, de un beneficio indebido que redunde en su propio provecho o en el de otra persona o entidad con el fin de que dicho funcionario actúe o se abstenga de actuar en el ejercicio de sus funciones oficiales para obtener o mantener alguna transacción comercial u otro beneficio indebido en relación con la realización de actividades comerciales internacionales. Cada Estado Parte considerará la posibilidad de adoptar las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente, la solicitud o aceptación por un funcionario público extranjero o un funcionario de una organización internacional pública, en forma directa o indirecta, de un beneficio indebido que redunde en su propio provecho o en el de otra persona o entidad, con el fin de que dicho funcionario actúe o se abstenga de actuar en el ejercicio de sus funciones oficiales.
ARTÍCULO N°	TEXTO
<p>Art. 17</p> <p>Malversación o peculado, apropiación indebida u otras formas de desviación de bienes por un funcionario público</p>	<p>Cada Estado Parte adoptará las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente, la malversación o el peculado, la apropiación indebida u otras formas de desviación por un funcionario público, en beneficio propio o de terceros u otras entidades, de bienes, fondos o títulos públicos o privados o cualquier otra cosa de valor que se hayan confiado al funcionario en virtud de su cargo.</p>

ARTÍCULO N°	TEXTO
<p>Art. 18</p> <p>Tráfico de influencias</p>	<p>Cada Estado Parte considerará la posibilidad de adoptar las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente:</p> <p>a) La promesa, el ofrecimiento o la concesión a un funcionario público o a cualquier otra persona, en forma directa o indirecta, de un beneficio indebido con el fin de que el funcionario público o la persona abuse de su influencia real o supuesta para obtener de una administración o autoridad del Estado Parte un beneficio indebido que redunde en provecho del instigador original del acto o de cualquier otra persona.</p> <p>b) La solicitud o aceptación por un funcionario público o cualquier otra persona, en forma directa o indirecta, de un beneficio indebido que redunde en su provecho o el de otra persona con el fin de que el funcionario público o la persona abuse de su influencia real o supuesta para obtener de una administración o autoridad del Estado Parte un beneficio indebido.</p>
ARTÍCULO N°	TEXTO
<p>Art. 19</p> <p>Abuso de funciones</p>	<p>Cada Estado Parte considerará la posibilidad de adoptar las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometa intencionalmente, el abuso de funciones o del cargo, es decir, la realización u omisión de un acto, en violación de la ley, por parte de un funcionario público en el ejercicio de sus funciones, con el fin de obtener un beneficio indebido para sí mismo o para otra persona o entidad.</p>
ARTÍCULO N°	TEXTO
<p>Art. 20</p> <p>Enriquecimiento ilícito</p>	<p>Con sujeción a su constitución y a los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, cada Estado Parte considerará la posibilidad de adoptar las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometa intencionalmente, el enriquecimiento ilícito, es decir, el incremento significativo del patrimonio de un funcionario público respecto de sus ingresos legítimos que no pueda ser razonablemente justificado por él.</p>
ARTÍCULO N°	TEXTO
<p>Art. 21</p> <p>Soborno en el sector privado</p>	<p>Cada Estado Parte considerará la posibilidad de adoptar las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente en el curso de actividades económicas, financieras o comerciales:</p> <p>a) La promesa, el ofrecimiento o la concesión, en forma directa o indirecta, a una persona que dirija una entidad del sector privado o cumpla cualquier función en ella, de un beneficio indebido que redunde en su propio provecho o en el de otra persona, con el fin de que, faltando al deber inherente a sus funciones, actúe o se abstenga de actuar;</p> <p>b) La solicitud o aceptación, en forma directa o indirecta, por una persona que dirija una entidad del sector privado o cumpla cualquier función en ella, de un beneficio indebido que redunde en su propio provecho o en el de otra persona, con el fin de que, faltando al deber inherente a sus funciones, actúe o se abstenga de actuar.</p>

ARTÍCULO N°	TEXTO
<p>Art. 22</p> <p>Malversación o peculado de bienes en el sector privado</p>	<p>Cada Estado Parte considerará la posibilidad de adoptar las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente en el curso de actividades económicas, financieras o comerciales, la malversación o el peculado, por una persona que dirija una entidad del sector privado o cumpla cualquier función en ella, de cualesquiera bienes, fondos o títulos privados o de cualquier otra cosa de valor que se hayan confiado a esa persona por razón de su cargo.</p>
ARTÍCULO N°	TEXTO
<p>Art. 23</p> <p>Blanqueo del producto del delito</p>	<ol style="list-style-type: none"> 1. Cada Estado Parte adoptará, de conformidad con los principios fundamentales de su derecho interno, las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente: <ol style="list-style-type: none"> a) i) La conversión o la transferencia de bienes, a sabiendas de que esos bienes son producto del delito, con el propósito de ocultar o disimular el origen ilícito de los bienes o ayudar a cualquier persona involucrada en la comisión del delito determinante a eludir las consecuencias jurídicas de sus actos; disimulación de la verdadera naturaleza, el origen, la ubicación, la disposición, el movimiento o la propiedad de bienes o del legítimo derecho a éstos, a sabiendas de que dichos bienes son producto del delito; ii) La ocultación o disimulación de la verdadera naturaleza, el origen, la ubicación, la disposición, el movimiento o la propiedad de bienes o del legítimo derecho a éstos, a sabiendas de que dichos bienes son productos del delito; b) Con sujeción a los conceptos básicos de su ordenamiento jurídico: <ol style="list-style-type: none"> i) La adquisición, posesión o utilización de bienes, a sabiendas, en el momento de su recepción, de que son producto del delito. ii) La participación en la comisión de cualesquiera de los delitos tipificados con arreglo al presente artículo, así como la asociación y la confabulación para cometerlos, la tentativa de cometerlos y la ayuda, la incitación, la facilitación y el asesoramiento en aras de su comisión. <ol style="list-style-type: none"> 2. Para los fines de la aplicación o puesta en práctica del párrafo 1 del presente artículo: <ol style="list-style-type: none"> a) Cada Estado Parte velará por aplicar el párrafo 1 del presente artículo a la gama más amplia posible de delitos determinantes; b) Cada Estado Parte incluirá como delitos determinantes, como mínimo, una amplia gama de delitos tipificados con arreglo a la presente Convención; c) A los efectos del apartado b) supra, entre los delitos determinantes se incluirán los delitos cometidos tanto dentro como fuera de la jurisdicción del Estado Parte interesado. No obstante, los delitos cometidos fuera de la jurisdicción de un Estado Parte constituirán delito determinante siempre y cuando el acto correspondiente sea delito con arreglo al derecho interno del Estado en que se haya cometido y constituyese asimismo delito con arreglo al derecho interno del Estado Parte que aplique o ponga en práctica el presente artículo si el delito se hubiese cometido allí; d) Cada Estado Parte proporcionará al Secretario General de las Naciones Unidas una copia de sus leyes destinadas a dar aplicación al presente artículo y de cualquier enmienda ulterior que se haga a tales leyes o una descripción de ésta;

- e) Si así lo requieren los principios fundamentales del derecho interno de un Estado Parte, podrá disponerse que los delitos enunciados en el párrafo 1 del presente artículo no se aplican a las personas que hayan cometido el delito determinante.

ARTÍCULO N°	TEXTO
Art. 24 Encubrimiento	Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 23 de la presente Convención, cada Estado Parte considerará la posibilidad de adoptar las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente tras la comisión de cualesquiera de los delitos tipificados con arreglo a la presente Convención pero sin haber participado en ellos, el encubrimiento o la retención continua de bienes a sabiendas de que dichos bienes son producto de cualesquiera de los delitos tipificados con arreglo a la presente Convención.
ARTÍCULO N°	TEXTO
Art. 25 Obstrucción de la justicia	<p>Cada Estado Parte adoptará las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente:</p> <p>a) El uso de fuerza física, amenazas o intimidación, o la promesa, el ofrecimiento o la concesión de un beneficio indebido para inducir a una persona a prestar falso testimonio o a obstaculizar la prestación de testimonio o la aportación de pruebas en procesos en relación con la comisión de los delitos tipificados con arreglo a la presente Convención;</p> <p>b) El uso de fuerza física, amenazas o intimidación para obstaculizar el cumplimiento de las funciones oficiales de un funcionario de la justicia o de los servicios encargados de hacer cumplir la ley en relación con la comisión de los delitos tipificados con arreglo a la presente Convención. Nada de lo previsto en el presente artículo menoscabará el derecho de los Estados parte a disponer de legislación que proteja a otras categorías de funcionarios públicos.</p>
ARTÍCULO N°	TEXTO
Art. 26 Responsabilidad de las personas jurídicas	<ol style="list-style-type: none"> 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. Dicha responsabilidad existirá sin perjuicio de la responsabilidad penal que incumba a las personas naturales que hayan cometido los delitos. 3. Cada Estado Parte velará en particular por que se impongan sanciones penales o no penales eficaces, proporcionadas y disuasivas, incluidas sanciones monetarias, a las personas jurídicas consideradas responsables con arreglo al presente artículo.

ARTÍCULO N°	TEXTO
Art. 27 Participación y tentativa	<ol style="list-style-type: none">1. Cada Estado Parte adoptará las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, de conformidad con su derecho interno, cualquier forma de participación, ya sea como cómplice, colaborador o instigador, en un delito tipificado con arreglo a la presente Convención.2. Cada Estado Parte podrá adoptar las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, de conformidad con su derecho interno, toda tentativa de cometer un delito tipificado con arreglo a la presente Convención.3. Cada Estado Parte podrá adoptar las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, de conformidad con su derecho interno, la preparación con miras a cometer un delito tipificado con arreglo a la presente Convención.
ARTÍCULO N°	TEXTO
Art. 28 Conocimiento, intención y propósito como elementos de un delito	El conocimiento, la intención o el propósito que se requieren como elemento de un delito tipificado con arreglo a la presente Convención podrán inferirse de circunstancias fácticas objetivas.

Convención sobre la Lucha contra la Corrupción de Agentes Públicos extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales [OCDE]

En este caso se presenta el artículo 1 El Delito de Cohecho de Funcionarios Públicos Extranjeros de la Convención con sus correspondientes apartados.

APARTADO	TEXTO
Art. 1 El Delito de Cohecho de Funcionarios Públicos Extranjeros	<ol style="list-style-type: none"> 1. Cada Parte tomará las medidas necesarias para tipificar como delito según su legislación el hecho de que una persona deliberadamente ofrezca, prometa o conceda cualquier beneficio indebido, pecuniario u otro favor, ya sea directamente o mediante intermediarios, a un funcionario público extranjero, para ese funcionario o para un tercero, con el fin de que el funcionario actúe o se abstenga de actuar en relación con el ejercicio de sus funciones oficiales, con el fin de conseguir o de conservar un contrato u otro beneficio indebido en la realización de actividades económicas internacionales. 2. Cada Parte tomará las medidas necesarias para tipificar como delito la complicidad, incluidas la instigación, complicidad o autorización de un acto de cohecho de un funcionario público extranjero. La tentativa y asociación para sobornar a un funcionario público extranjero constituirán delitos penales en la misma medida que la tentativa y asociación para sobornar a un funcionario público de esa Parte. 3. Los delitos definidos en los párrafos anteriores 1 y 2 en adelante serán denominados "cohecho a un funcionario público extranjero". [...]

ANEXO II: Teorías de las penas



1.1. Teorías absolutas

DESCRIPCIÓN	CRÍTICAS
<p>La pena se justifica por sí misma, sin que ella pueda considerarse un medio para fines ulteriores.</p> <p>Consiste básicamente en una retribución, en la compensación del mal causado por el delito (el mal causado por la pena, compensa el mal causado por el delito); residiendo su fundamento exclusivamente en la realización de la idea de justicia. La pena debe ser justa, lo que presupone que se corresponda en su duración e intensidad con la gravedad del delito que debe compensar (ley del Talión: Ojo por ojo y diente por diente).</p> <p>El contenido esencial de esta teoría lo encontramos en las posturas de los filósofos Kant y Hegel. Para Kant la pena es la retribución a la culpabilidad (libre albedrío) del sujeto. Hegel, por su parte, interpreta al delito como una negación del derecho. Esa negación tendría validez si no se impone una pena como negación de ese delito (negación del derecho).</p> <p>La ventaja que se le ha reconocido a esta teorías es la aplicación del principio de proporcionalidad que implica la adecuación estricta entre la medida de la pena y el grado de culpabilidad, proponiendo así un límite al poder punitivo del Estado; principio que ha sido recogido por la mayoría de los estados de derecho a través de sus leyes y constituciones a nivel nacional y mediante los tratados en el ámbito internacional.</p>	<p>Al partir de la idea de búsqueda de justicia los problemas se plantean en términos absolutos, como si existieran valores inamovibles y se tratara de una investigación metafísica.</p> <p>Considera al ser humano como dotado de libertad absoluta cuando el libre albedrío no sería empíricamente demostrable.</p> <p>La supresión del mal causado mediante la aplicación de la pena es ficticia, porque en realidad la pena añade un segundo mal, causa un mal adicional al del delito.</p> <p>Al no estar dirigida a lograr fines concretos, agotándose su contenido en la mera imposición de un mal, no parece como algo racional ni apropiado a la dignidad humana en el marco de un estado de derecho.</p>

1.2. Teorías relativas

Parten de la idea de que el Estado como institución humana no es capaz de realizar la idea metafísica de justicia ni está legitimado para ello. Lo que el Estado debe hacer es asegurar la convivencia del hombre en paz y libertad, y el derecho debe limitarse a esa tarea de protección de intereses individuales o sociales reconocidos jurídicamente, cumpliendo con determinados fines sociales, la prevención de delitos que los afecten. Así, la pena es entendida como un medio para la obtención de objetivos ulteriores relacionados con la prevención de delitos, ya sea que se los conceptualice como una lesión a un bien jurídico, una norma o un sistema normativo.

Las teorías relativas se clasifican en dos grupos:

- » Teorías de la Prevención General
- » Teorías de la Prevención Especial

1.2.1. Teorías de la prevención general

La pena actúa sobre los que no han delinquido, la sociedad es la destinataria. Puede a su vez clasificarse en positiva o negativa.

	DESCRIPCIÓN	CRÍTICAS
Positiva	<p>La pena persigue ejercitar el reconocimiento de la norma, actúa como reforzadora, generadora de confianza en el sistema legal imperante, actuando como valor simbólico productor de consenso.</p> <p>No importa el delito cometido, sino evitar que este delito genere la sensación de que el sistema normativo es vulnerable y se quebrante el consenso social sobre el cual él se construye.</p>	<p>Cosifica al sujeto, el sistema es el único bien jurídico protegido. El castigo sólo pesa sobre el autor por motivos de la comunidad, afectando así la dignidad humana.</p> <p>El delito no sería un conflicto que lesionara derechos sino cualquier conducta que lesione la confianza en el sistema aunque no se afecten los derechos de nadie, vulnerando de esta manera el principio de lesividad.</p> <p>Las necesidades de prevención social pueden exaltar la delimitación de la pena mucho más allá de los límites marcados por la culpabilidad, llevando a la aplicación de penas irracionales para lograr un mayor efecto preventivo.</p> <p>Los delitos de cuello blanco no alteran el consenso mientras no son percibidos como conflictos delictivos su persecución no tendría sentido.</p>
Negativa	<p>La pena busca desalentar e intimidar a un potencial autor en la comisión de hechos futuros.</p> <p>La coacción tiene un efecto disuasorio, busca atemorizar a la población vulnerable.</p> <p>No interesa el delito cometido, sino evitar que el mal ejemplo que este genera se extienda.</p> <p>Se entiende que la pena puede motivar a los individuos a no cometer delitos, incorpora la posibilidad de que se vea como un costo a la hora de analizar cometer el ilícito y cancele el impulso de hacerlo.</p> <p>Esta teoría necesariamente exige la espectacularidad de la pena y la aplicación inmediata y efectiva de ella, para poder generar el efecto intimidatorio buscado.</p>	<p>Predica efectos sociales no comprobables, sus hipótesis contrastan con los datos de la investigación empírica, ya que se demostró que intensificar el grado de coacción o el nivel de temor en la sociedad no reduce el número de delitos sino que la tasa respectiva continúa la línea de crecimiento.</p> <p>En los delitos de mayor gravedad como los de cuello blanco el efecto de disuasión parece ser aún menos sensible, ya que en general son cometidos por personas que no son vulnerables al poder punitivo.</p> <p>Cosifica al sujeto, el sistema es el único bien jurídico protegido. El castigo sólo pesa sobre el autor por motivos de la comunidad, afectando así la dignidad humana.</p> <p>Las necesidades de prevención social pueden exaltar la delimitación de la pena mucho más allá de los límites marcados por la culpabilidad, llevando a la aplicación de penas irracionales para lograr un mayor efecto disuasivo.</p>

1.2.1. Teorías de la prevención especial

La pena actúa sobre los que han delinuido, el individuo es su destinatario, teniendo por finalidad evitar la reincidencia. Encuentra en Liszt uno de sus principales exponentes. No importa el delito cometido, sino evitar que la persona que lo cometió vuelva hacerlo. Se entiende que la persona que incurrió en un ilícito, puede hacerlo nuevamente, ya manifestó una inclinación delictiva. El delito es una manifestación de la peligrosidad de del sujeto. Puede a su vez clasificarse en positiva o negativa.

	DESCRIPCIÓN	CRÍTICAS
Positiva	<p>La pena tiene por finalidad la resocialización del individuo, su reinserción en la sociedad.</p> <p>Es un bien para quien la sufre.</p>	<p>La prisionización no puede mejorar a nadie, por el contrario tiene un efecto deteriorante, regresivo sobre el individuo.</p> <p>Oculto el carácter penoso de la coerción.</p> <p>La medida de la pena será la necesaria para resocializar al sujeto y no tendrá otro límite.</p> <p>Le reconoce al Estado la posibilidad de manipular a los individuos sin control y posibilidad de rediscusión, al permitirle fijar las pautas de resocialización. Implica la instrumentalización del hombre para los fines estatales.</p> <p>No prevé que hacer con aquellos sujetos que no están necesitados de resocialización.</p> <p>No fue posible elaborar un procedimiento adecuado o exitoso para lograr la resocialización o integración de las personas que cometen delitos, por lo cual la falta de éxito en este objetivo de alguna manera refuta la máxima de esta teoría. Su sostenimiento en estas circunstancias se traduce en un acto de fé.</p>
Negativa	<p>El fin de la pena es neutralizar al sujeto que delinquirió, eliminarlo físicamente.</p> <p>Es un mal para la persona pero un bien para el cuerpo social. Suele acudir a ella cuando fracasa la teoría de la prevención positiva (resocialización del sujeto).</p>	<p>Es una pena atroz que lesiona el concepto de persona.</p> <p>Responde a una visión corporativa y organicista de la sociedad, lo importante es el cuerpo social, las personas son meras células que cuando son defectuosas y no pueden corregirse deben eliminarse.</p>

1.3. Teorías mixtas, combinadas o de la unión

DESCRIPCIÓN	CRÍTICAS
<p>Se construyeron frente al fracaso de las teorías anteriores, a través de una combinación de las mismas.</p> <p>Se considera que la pena tiene varias funciones. En varios casos el criterio unificador se concreta en la afirmación de que cada concepción tiene influencia diversa según el momento que se considere.</p> <p>Se sostiene así que el nivel preventivo general es el que gravita a nivel legislativo cuando se sanciona la norma, las teorías retributivas pasan a un primer plano durante el proceso judicial, principalmente en la individualización de la pena ya que la sentencia debe establecerse considerando la gravedad del hecho y culpabilidad del autor, mientras que en el momento de la ejecución la teoría de mayor incidencia sería la de la prevención especial positiva, ya que el sistema penitenciario debe orientarse a lograr la readaptación social del condenado.</p>	<p>Las combinaciones son mucho más autoritarias que cualquiera de las teorías puras. Permiten imponer el máximo o el mínimo de la escala penal porque si no es adecuada para la racionalización de la pena que se pretende imponer la culpabilidad de acto puede apelarse a la peligrosidad, si no es útil la prevención especial puede acudir a la general, etc.</p>

2. Teoría negativa

DESCRIPCIÓN	CRÍTICAS
<p>Encuentra su principal exponente en el Dr. Eugenio Raúl Zaffaroni, para quien el concepto de pena útil al derecho penal no se puede obtener de modo positivo, sino negativo. Es decir debe ser obtenido por exclusión, sin asignarle ninguna función positiva a la pena. También de manera agnóstica reconociendo la imposibilidad de agotar el conocimiento de las funciones de la pena, y partiendo por ende de su desconocimiento.</p> <p>Según esta teoría la pena no es un bien para nadie, es un hecho político. Se la define como una coerción que impone una privación de derechos o un dolor, que no repara ni restituye, ni detiene las lesiones en curso ni neutraliza los peligros inminentes.</p> <p>La función principal del derecho penal será contener y reducir este poder punitivo, para que subsista el Estado de derecho impidiendo el avance del estado totalitario.</p>	<p>Es falso sostener que el Estado de Derecho sigue vivo gracias a los agentes judiciales que contienen el poder punitivo. La teoría parte de cómo debería ser la agencia judicial y no de cómo realmente es.</p>

DESCRIPCIÓN	CRÍTICAS
<p>El poder punitivo no resuelve el conflicto, lo suspende; y además se ejerce sobre los sujetos en concreto a través de una selección que efectúan las agencias policiales. Esta selección se ejerce a partir de estereotipos sobre aquellos que detentan una personalidad débil y maleable.</p> <p>De esta manera el poder punitivo alcanza a los más vulnerables que son quienes encuadran en el estereotipo y cometen hechos groseros y poco sofisticados.</p>	

ANEXO III: Daños provocados por actos de corrupción conforme documentos internacionales

Una clasificación sobre los efectos nocivos de la corrupción puede hacerse también a partir de los instrumentos internacionales e iniciativas que promueven la lucha contra la corrupción a nivel global. En ellas esta clasificación distingue claramente el carácter institucional, económico de los daños que provoca la corrupción y en menor medida, el impacto social.

	DESCRIPCIÓN	CRÍTICAS
CNUCC	Institucional	En ella se resaltó la gravedad del problema y la amenaza que plantea para la estabilidad y seguridad de las sociedades al socavar las instituciones, los valores de la democracia, la ética, la justicia y comprometer el imperio de la Ley.
	Económica	En este aspecto se resaltó que los actos de corrupción, al entrañar vastas cantidades de activos, en comparación con los recursos de los Estados, pueden amenazar el desarrollo sostenible de los Estados. asimismo que la corrupción ha dejado de ser un problema local para convertirse en un fenómeno transnacional que afecta a todas las sociedades y economías.
CICC	Institucional	En este instrumento se expresó el convencimiento de que la corrupción socava la legitimidad de las instituciones públicas y la justicia; asimismo que amenaza a la democracia representativa, la estabilidad y la paz y, por último, que el combate contra la corrupción evita vicios en la gestión pública y fortalece las instituciones democráticas.

	DESCRIPCIÓN	CRÍTICAS
	Económica	Que la corrupción atenta contra el desarrollo integral de los pueblos y que el combate contra este fenómeno evita distorsiones de la economía.
	Social	Sobre este punto la convención señala que la corrupción atenta contra la sociedad, el orden moral y la confianza; asimismo, que el combate contra la corrupción evita el deterioro de la moral social.
OCDE	Institucional	Se menciona que el soborno trasnacional socava el buen gobierno.
	Económica	Con relación a este aspecto también se señaló que ese delito socava el desarrollo económico y distorsiona las condiciones competitivas internacionales.
G20	Institucional	En este ámbito se resaltó que la corrupción destruye la confianza pública y socava el imperio de la Ley.
		Asimismo que amenaza la integridad de los mercados, socava la competencia leal, distorsiona la asignación de recursos. asimismo que la corrupción es un grave obstáculo para el crecimiento económico.

3

CAPÍTULO 3 » ACTOS DE CORRUPCIÓN TIPIFICADOS EN LA LEGISLACIÓN PENAL ARGENTINA. HECHOS QUE INVESTIGA LA DIOA



INTRODUCCIÓN

En los capítulos precedentes se ha tratado de abordar el fenómeno de la corrupción. Se sostuvo que para combatir los actos de corrupción son necesarias medidas preventivas y punitivas, y se hizo hincapié en cómo se han legislado en distintas convenciones internacionales las respuestas punitivas a este fenómeno.

Ahora bien, la aplicación de penas o el ejercicio del poder punitivo constituye la máxima expresión en el uso de la fuerza o coerción por parte del Estado. Este ejercicio se traduce en la privación de un derecho, esencialmente el de la libertad. Aunque también la pena puede manifestarse de otras maneras, como la inhabilitación para ejercer cargos o funciones públicas, la privación de la propiedad, del ejercicio del comercio o la facultad de conducir, entre otros.

En tal sentido, recordemos que desde el surgimiento de los Estados, se ha intentado poner límites al ejercicio abusivo de ese poder, a través del establecimiento de garantías en favor del ciudadano, para así evitar la aplicación arbitraria de penas. En Argentina, los máximos principios limitadores de esa atribución estatal, se encuentran previstos en la Constitución Nacional y en los Pactos Internacionales sobre Derechos Humanos, los cuales forman parte de la ley fundamental a partir de la reforma del año 1994 (art. 75 inc. 22 de la C.N.).

Uno de los principios limitadores fundamentales en el ámbito penal, es el *principio de legalidad*¹ según el cual a nadie puede imponérsele una pena salvo por causas establecidas en una ley anterior al hecho del proceso. Este principio se complementa con el *principio de reserva*² según el cual nadie puede ser obligado a hacer lo que la ley no manda, ni penado por lo que la ley no prohíbe.

A la vez, la primera parte del art. 19 de la Constitución Nacional delimita el ámbito de injerencia del Estado en la actividad de los ciudadanos al establecer que *“las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados”*.³

¹ El principio de legalidad se encuentra contenido en art.18 de la Constitución Nacional, en el art. 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José de Costa Rica, y en el art. 9 inc. 1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

² El principio de reserva se encuentra previsto en el art. 19 de la Constitución Nacional.

³ Lo tratado en este apartado se refiere a ley en sentido formal, que surge de los órganos constitucionalmente habilitados para dictarla -Poder Legislativo y Poder Ejecutivo- y por el procedimiento establecido en la Constitución Nacional (arts. 77 a 84). En materia penal, las provincias delegaron en los órganos del Gobierno Nacional el dictado de la legislación penal [art. 75 inc. 12 de la Constitución Nacional].

Una consecuencia directa de estos principios radica en que la ley debe ser escrita, debe establecer claramente la conducta punible o prohibida y la pena que se puede imponer en cada caso.

Otra derivación de los principios de *legalidad* y de *reserva* en materia penal es la exigencia que obliga a los legisladores a ser muy precisos en el uso de las palabras con las que construyen un tipo penal.

Ahora bien, en virtud de los mismos no se puede aplicar ninguna pena sin una ley en sentido formal (dictada de acuerdo al procedimiento establecido en la Constitución Nacional) que establezca la conducta a castigar y la pena prevista para ese supuesto.

A efectos de poder interpretar la ley penal la doctrina ha elaborado distintos sistemas dogmáticos (teorías del delito) con el objeto de orientar al Juez en la aplicación de la ley al caso concreto.

Si bien el contenido de esas teorías difieren de acuerdo al autor (y no resultaría posible desarrollar al menos las más influyentes en nuestro país), lo cierto es que actualmente todas ellas tienen una estructura similar, a fin de determinar la existencia o no de delito. En efecto, analizan la conducta teniendo en cuenta la presencia de distintos estratos integrados en forma sucesiva, y la falta de uno de ellos determina la ausencia de ilícito penal.

El primer elemento a verificar será la existencia de una conducta humana, luego si esa conducta es típica, es decir si se subsume en un tipo penal o a la descripción efectuada en la ley penal, tanto desde el punto de vista externo (tipo objetivo) como interno de la conducta (tipo subjetivo). El paso siguiente consistirá en corroborar la antijuridicidad, que no exista un permiso para cometer esa conducta típica, una causa de justificación que puede provenir de todo el ordenamiento jurídico, no sólo del penal. Por último, se deberá cotejar la culpabilidad, si esa conducta es reprochable al autor en virtud al conocimiento que ha tenido de la criminalidad de su accionar y la posibilidad de efectuar una conducta distinta a la ejecutada (poseer determinado ámbito de autodeterminación).

En definitiva, la conducta delictiva queda configurada cuando esa acción sea típica, antijurídica y culpable. Y si bien es cierto que existen cuestionamientos a estos contenidos mínimos de los estratos enumerados de la teoría del delito, la descripción precedente nos servirá de punto de partida para analizar los actos de corrupción tipificados como delitos en nuestra legislación.

Asimismo, toda vez que en ese análisis, nos encontraremos mayoritariamente frente a problemas vinculados con la tipicidad, seguidamente haremos un breve desarrollo de este estrato de la teoría del delito.

En primer lugar debemos tener presente que se denomina **tipo penal** a la fórmula legal que identifica las conductas prohibidas y las asocia a una pena.

Los mismos se encuentran descriptos expresamente en el Código Penal, las leyes especiales y las leyes de naturaleza no penal que prevén ciertas conductas como punibles.

En este sentido, sólo se podrá afirmar que hay tipicidad si la conducta se adecua o subsume al tipo penal. Esto es una consecuencia directa del principio de legalidad.

El legislador identifica la conducta punible o prohibida a través del tipo penal, teniendo en cuenta dos aspectos:

- » El aspecto externo o **tipo objetivo**, se refiere a la manifestación de la conducta en el mundo exterior y sus consecuencias. En el tipo objetivo se observan principalmente los siguientes elementos:
 - » **Sujeto activo:** es el agente que realiza la acción. Pueden clasificarse en *delicta comunia* (cuando el tipo no exige ninguna característica especial) o *delicta propria* (cuando se requiere que el sujeto reúna ciertas cualidades).
 - » **Sujeto pasivo:** es el titular del bien jurídico afectado por la acción del sujeto activo.
 - » **Acción típica:** es la conducta descrita como prohibida por el tipo penal.
 - » En ciertas ocasiones se requiere que esa acción provoque un resultado determinado (tipos de resultado), mientras que en otras basta con realizar la conducta independientemente del resultado que la misma pueda provocar (tipos de pura actividad). En los tipos de resultado será necesario verificar que exista una relación de causalidad entre la acción y el resultado, es decir que éste último sea consecuencia de la realización de la conducta. También, en algunos tipos penales se pueden presentar otros elementos, los ocasionales, entre los que la doctrina suele distinguir a los elementos normativos (que exigen una valoración para poder definirlos) de los descriptivos (que pueden ser interpretados mediante el lenguaje o percibidos por los sentidos).
- » El aspecto interno o **tipo subjetivo**, se refiere a aquello que se desarrolla en la psiquis del individuo (mundo interno). Este aspecto suele manifestarse a través del dolo o la culpa. Mientras los **tipos culposos** se caracterizan por la realización de la acción por negligencia, imprudencia o violación de un deber de cuidado del sujeto activo, esto es la programación deficiente de la causalidad para obtener un resultado (por ejemplo el art. 84 del C.P.); en los **tipos dolosos** el agente tiene la voluntad de realizar la conducta típica (por ejemplo el art. 79 exige la voluntad de matar). Para corroborar la existencia de dolo deben verificarse los dos aspectos que lo conforman: *el cognoscitivo*: conocimiento efectivo y actual de los elementos del tipo objetivo; y un *aspecto volitivo*: voluntad de realizar la acción típica. En este último aspecto el dolo puede clasificarse como **directo** (la voluntad del sujeto está dirigida a la producción del resultado típico), **indirecto** (el resultado típico es una consecuencia necesaria de los medios elegidos, pero es abarcado por la voluntad tanto como el fin en sí mismo) y **eventual** (el sujeto activo se representa la producción del resultado típico y acepta esa posibilidad como consecuencia de su obrar). Algunos tipos penales pueden exigir un elemento subjetivo distinto al dolo, que también debe verificarse en el caso concreto para que se de la subsunción, son las llamadas **ultra finalidades** (por ejemplo la alevosía exigida por el inc. 2 del art. 80 que agrava el homicidio).

En lo que hace a tipos penales que sancionan hechos de corrupción, el Código Penal Argentino posee una parte especialmente dedicada a los delitos contra la Administración Pública (Título XI del Libro Segundo), donde se encuentran tipificados la mayoría de esos actos. A su vez, y como veremos en el capítulo siguiente, en otros Títulos del Código Penal Argentino se prevén otros delitos que, si bien no lesionan directamente a la Administración Pública, se encuentran vinculados con actos de corrupción.

TIPOS PENALES RELACIONADOS DIRECTAMENTE CON LA CORRUPCIÓN

En este apartado se describen los principales tipos penales previstos en la legislación argentina dentro del Código Penal vinculados directamente con la corrupción y que fueran descriptos en la Convención Interamericana de Lucha contra la Corrupción que fue aprobada en nuestro país a través de la Ley 24.759, por la Convención sobre la Lucha contra el Cohecho de Funcionarios Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales de 1997 aprobada por Ley 25.319, y también mencionados en la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción.

En tal sentido, si bien varios de estos delitos, ya se encontraban tipificados en nuestro ordenamiento, como el cohecho (soborno) a funcionario público nacional, tanto activo como pasivo; la malversación de caudales públicos; el peculado; las negociaciones incompatibles con el ejercicio de la función pública (abuso funcional) y el enriquecimiento ilícito; la redacción de muchos de ellos fue modificada para lograr una mejor adecuación a la legislación internacional, por ejemplo a través de la Ley 25.188.

A su vez, a efectos de cumplir estos compromisos internacionales, nuestro país incorporó a través de la normativa mencionada, nuevos tipos penales como el tráfico de influencias, el delito de utilización de información y datos de carácter reservado con fines de lucro y el soborno internacional, cuya redacción reproduce casi textualmente el art. VIII de la Convención Interamericana contra la Corrupción (art. 258 bis del C.P.). Luego de ello, y mediante la Ley 25.825, se modificó el artículo en cuestión para adaptarlo a la Convención sobre la Lucha contra el Cohecho de Funcionarios Públicos Extranjeros.

Párrafo aparte merece la ubicación de los delitos de fraude en perjuicio de la Administración Pública (art.174 inc.5 del C.P.) y de administración fraudulenta o infiel (art. 173 inc.7 del C.P), ya que cuando este delito es cometido por un funcionario público que administra fondos públicos debe ser considerado como un acto de corrupción (art IV- 1- C de la CICC). Sin embargo, a efectos de poder generar una mejor comprensión de esta figura se decidió describirlo en la capítulo siguiente, junto con las defraudaciones y la estafa⁴.

Antes de adentrarnos en el análisis particular de cada una de estas figuras nos interesa dejar en claro una cuestión que se presenta común a todas ellas.

⁴ Así también se sostiene en el trabajo efectuado por el Dr. Andrés D'Alessio en "Adaptando la legislación penal argentina a la Convención Interamericana contra la Corrupción", pág.25/27, publicado por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, año 2001.

Se debe recordar que en los denominados delitos contra la administración pública, el Código Penal en general exige que el sujeto activo presente una característica especial: el ser funcionario público en el ejercicio de su cargo o en uso de su competencia funcional. En aquellos supuestos en los que no se exige esta característica usualmente agrava la pena si el sujeto activo ejerce tal función. Por ello, cabe preguntarse qué se entiende por *funcionario público*.

El Código Penal lo define en su art. 77 como *todo el que participa accidental o permanentemente del ejercicio de las funciones públicas, sea por elección popular o por nombramiento de autoridad competente equiparando dicho término con el de empleado público*.

A partir de aquí, surgen algunos interrogantes que han dividido a la doctrina: para un sector, los dos términos arriba mencionados son equivalentes. Para otros, se pone la mirada en los conceptos derivados del Derecho Administrativo distinguiendo a ambos en razón de que el empleado público no participa del ejercicio de funciones públicas, sino que presta un servicio a la administración en el ámbito de su propia relación interna⁵.

A fin de despejar toda clase de controversia, nos remitimos a lo plasmado en el art. 1 de la C.I.C.C. que hace una interpretación amplia respecto del tema en cuestión, estableciendo que: "... se entiende por (...) "Funcionario público", "Oficial Gubernamental" o "Servidor público", cualquier funcionario o empleado del Estado o de sus entidades, incluidos los que han sido seleccionados, designados o electos para desempeñar actividades o funciones en nombre del Estado o al servicio del Estado, en todos sus niveles jerárquicos". Tal ha sido la postura receptada por el art. 1º de la Ley N° 25.188.

Otro punto a tener en cuenta en el análisis que se efectuará es el bien jurídico lesionado por estos delitos. Si bien ya hemos hecho referencia a los daños que generan los actos de corrupción, no podemos dejar de resaltar que como consecuencia de la tipificación de la mayoría de ellos en el título del Código Penal referido a los delitos contra la administración pública, la mayor parte de la doctrina y la jurisprudencia entiende que como característica común, los delitos mencionados afectarían el *correcto desempeño de las distintas actividades públicas desde la perspectiva de una administración prestacional plenamente sometida al Derecho y al resto de los principios constitucionales que ordenan su funcionamiento*.⁶

De esta manera se ha sostenido que "lo que importa, fundamentalmente, en un Estado de Derecho, es el servicio que la administración preste a los ciudadanos (la función del Estado frente a las expectativas de la comunidad) y si ese servicio se presta en las condiciones de igualdad, objetividad y transparencia exigidas por el orden jurídico. La preservación de la

⁵ Conf. Buompadre, Jorge E., *Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*. Tomo 10. Dirección: Baigún, David y Zaffaroni, Eugenio Raúl. Editorial Hammurabi. Buenos Aires. Año 2011. pág. 16].

⁶ Conf. Buompadre, Jorge E., obra citada, pág. 11, en el mismo sentido D'Alessio Andrés, Divido Mauro, *Código Penal Comentado y Anotado*, tomo II, segunda edición actualizada y ampliada, La ley, Buenos Aires, 2da edición, 1ra. reimpresión 2011, págs. 1164/1165, Creus Carlos, *Delitos contra la administración pública*, Astrea 1981; Donna, Alberto *Delitos contra la Administración Pública*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2002,

función pública, entendida como la total actividad, temporal o permanente, remunerada u honoraria, realizada por la personal natural en nombre del Estado o al servicio del Estado o de sus entidades, en cualquiera de sus niveles jerárquicos (art. 1° de la Convención Interamericana contra la Corrupción), se convierte así en un bien jurídico protegido en el título XI del Código Penal.”⁷

Ahora bien, en virtud a esta caracterización del bien jurídico comprometido por estos delitos es que ellos no presentan requerimientos especiales o particulares respecto de los sujetos pasivos, de los supuestos damnificados por estos tipos penales.

Lógicamente, en cada delito que constituye acto de corrupción el bien jurídico lesionado es precisado por la doctrina y la jurisprudencia nacional, así respecto del cohecho, se entiende que también se lesiona la irreprochabilidad, transparencia, objetividad e insospechabilidad exigidas por el ordenamiento jurídico y el sistema republicano de gobierno a sus funcionarios⁸; respecto de los delitos de admisión y ofrecimiento de admisión de dádiva la irreprochabilidad e insospechabilidad de los funcionarios públicos⁹; en la malversación se entiende que además se encuentra lesionado por este delito la regular inversión y aplicación de los bienes públicos dentro de la misma órbita de la administración¹⁰, mientras que en el peculado se lesionan varios bienes jurídicos, la propiedad, la seguridad de los bienes públicos y la confianza depositada en el funcionario encargado del manejo de esos bienes.¹¹

Respecto de las negociaciones incompatibles se entiende que esta conducta lesiona la imagen y el prestigio de la administración pública, ya que este delito se verifica cuando los funcionarios actúan de modo parcial, insertando intereses particulares en las tareas que desempeñan¹², en relación a las exacciones ilegales se sostiene que estas conductas lesionan a la administración pública por un lado y por otro al patrimonio del particular que entrega algo por el temor que la autoridad pública le genera¹³, mientras que en el enriquecimiento ilícito se estima que se lesiona la decencia administrativa y la salud de los negocios públicos o bien el interés social de toda la comunidad en que sus funcionarios o empleados públicos no corrompan la función pública y que justifiquen su enriquecimiento al ser requeridos.¹⁴

Aclarado ello, expondremos las características esenciales que presentan los tipos penales considerados actos de corrupción en nuestra legislación (Título XI del Código Penal).

⁷ Conf. Buompadre, Jorge E., obra citada, pág. 13.

⁸ Conf. Buompadre, Jorge E., obra citada, pág. 505.

⁹ D'Alessio, Andrés, obra citada pág. 1290.

¹⁰ D'Alessio, André, otra citada pág. 1293.

¹¹ Creuss, Carlos, obra citada, pág. 234.

¹² D'Alessio, Andrés, obra citada, pág. 1310.

¹³ D'Alessio, Andrés, obra citada, pág. 1318.

¹⁴ Conf. Buompadre, Jorge E., obra citada, pág. 871

DELITO DE COHECHO PASIVO

Artículo del Código Penal		<p>Art. 256: <i>Será reprimido con reclusión o prisión de uno a seis años e inhabilitación especial perpetua, el funcionario público que por sí o por persona interpuesta, recibiere dinero o cualquier otra dádiva o aceptare una promesa directa o indirecta, para hacer, retardar o dejar de hacer algo relativo a sus funciones.</i></p>	
Estructura típica	Tipo objetivo	Sujeto activo	<ul style="list-style-type: none"> » Sólo el funcionario público, directamente o por persona interpuesta (sujeto que por un acuerdo previo con aquel, aparece frente a terceros como destinatario del beneficio y será considerado partícipe necesario del ilícito). » Quedan excluidos por razones de especialidad los magistrados y funcionarios del Ministerio Público (art. 257 del CP).
		Sujeto pasivo	<ul style="list-style-type: none"> » No existe requerimiento en el tipo respecto del sujeto pasivo.
		Acción típica	<ul style="list-style-type: none"> » Recibir dinero u otra dádiva o aceptar promesa de ellos, pudiendo ser esa promesa directa o indirecta según se la formule explícita o implícitamente. » Recibe quien entra en la tenencia material del objeto que otro entrega, mientras acepta quien admite recibir en un futuro lo que se promete. <p>Características de la acción:</p> <ul style="list-style-type: none"> » Delito de codeinuencia necesaria que requiere de la actuación de otro autor que dé, ofrezca o prometa algo (art. 258 del CP). » Se requiere un acuerdo venal entre el funcionario y quien le ofrece o promete algo, para que aquel haga u omita un acto relativo a sus funciones. Debe tratarse de un hecho determinado, futuro y de su competencia material y territorial –sean lícitos o ilícitos–. » Dinero es el valor representado por la moneda de curso legal, nacional o extranjera, apta para el cambio. » Respecto de la dádiva, existen dos posturas: 1) es cualquier objeto que pueda transferirse del dador al receptor y que tenga valor económico (Soler, Núñez, D'Alessio), 2) el concepto incluye, no sólo aquello que tiene un valor económico, sino todo lo que se presente como un beneficio (Fontán Balestra, Creus, Donna). » Entendemos que por minúscula que sea la dádiva habrá tipicidad siempre que constituya el precio de la actividad o inactividad del funcionario (Creus, Rúa).
Tipo subjetivo	<ul style="list-style-type: none"> » Se trata de un delito doloso, que sólo admite el dolo directo. » Requiere además una finalidad ultratípica: que la receptación o aceptación del dinero o dádiva sea con el objetivo de hacer o dejar de hacer algo relativo a sus funciones. 		

Consumación y tentativa	<ul style="list-style-type: none"> » Delito de pura actividad, que se consuma con la aceptación de la promesa o la recepción del precio, sin importar si luego el funcionario cumple con la realización u omisión acordada. » La doctrina mayoritaria niega la posibilidad de que el delito admita la tentativa.
Otras cuestiones de interés	<p>Distinción con las figuras de exacciones ilegales y concusión [art. 266 del CP] A diferencia de lo que ocurre en el cohecho donde hay un acuerdo de voluntades entre el funcionario y el particular, en las exacciones y concusión hay una exigencia indebida por parte del agente. En aquellas figuras el funcionario exige, compele, se prevalece de su condición y del temor que impone el acto de autoridad, el particular no entrega la dádiva o el dinero libremente, lo hace por miedo, por estar constreñido por la autoridad.</p> <p>Así entonces, para la mayoría de la doctrina la distinción no pasa por quien proponga el acuerdo venal sino en la libertad con la que obre el particular. De esta forma, habrá cohecho aún en el caso que el acuerdo sea propuesto por el funcionario si con ello no se dobla la voluntad de quien paga o promete.</p> <p>En los supuestos del art. 266 del CP el sujeto pasivo no será sólo la Administración Pública, sino también el particular.</p> <p>Por otro lado las exacciones y concusión no se vinculan necesariamente como el cohecho a un acto determinado futuro de competencia del funcionario.</p>

DELITO DE TRAFICO DE INFLUENCIAS PASIVO

Artículo del Código Penal		<p>Art. 256 bis: <i>Será reprimido con reclusión o prisión de uno a seis años e inhabilitación especial perpetua para ejercer la función pública, el que por sí o por persona interpuesta solicitare o recibiere dinero o cualquier otra dádiva o aceptare una promesa directa o indirecta, para hacer valer indebidamente su influencia ante un funcionario a fin de que éste haga, retarde o deje de hacer algo relativo a sus funciones.</i></p> <p><i>Si aquella conducta estuviera destinada a hacer valer indebidamente una influencia ante un magistrado del Poder Judicial o del Ministerio Público, a fin de obtener la emisión, dictado, demora u omisión de un dictamen, resolución o fallo en asuntos sometidos a su competencia, el máximo de la pena de prisión o reclusión se elevará a doce años.</i></p>	
Estructura típica	Tipo objetivo	Sujeto activo	<ul style="list-style-type: none"> » Cualquier persona, directamente o por persona interpuesta (testaferro o prestanombre que será considerado partícipe necesario del ilícito).
		Sujeto pasivo	<ul style="list-style-type: none"> » No existe requerimiento en el tipo respecto del sujeto pasivo.

		<p>Acción típica</p> <ul style="list-style-type: none"> » Solicitar o recibir dinero o dádivas o aceptar promesas de ellos, cuyo concepto fue definido anteriormente. » Se agrega la acción de solicitar, como la declaración de voluntad del agente tendiente a pedir dinero o una dádiva a otra persona, pudiendo ser expresa –verbal o escrita– o implícita a través de actos concluyentes. <p>Características de la acción:</p> <ul style="list-style-type: none"> » En el caso de recibir o aceptar, debe existir entre el agente y el tercero un acuerdo venal destinado a hacer valer indebidamente su influencia sobre un funcionario público a fin de que éste haga, retarde o deje de hacer algo relativo a sus funciones. Se trata en estos casos de un delito de codelincuencia necesaria, que requiere de la actuación de otro autor que dé, ofrezca o prometa algo (art. 258 del CP). » El acuerdo debe versar sobre el ejercicio de una influencia “indebida”, es decir ilegítima, al margen de lo establecido por las leyes y los reglamentos, y el funcionario que se pretende influir no debe ser parte de ese acuerdo, ya que sino estaríamos ante un cohecho pasivo por persona interpuesta. » Se requiere que el agente tenga una relación de poder sobre el funcionario que lo habilite para ejercer una influencia real sobre aquel, o al menos crea tener ese poder aunque en realidad no sea así. En caso contrario no estaríamos frente a esta figura, sino ante algún tipo de estafa.
	<p>Tipo subjetivo</p>	<ul style="list-style-type: none"> » Se trata de un delito doloso, que sólo admite el dolo directo. » Requiere además una finalidad ultratípica: que la acción se efectúe para hacer valer la influencia frente a un funcionario con el fin de que éste haga, retarde o deje de hacer algo relativo a sus funciones.
<p>Consumación y tentativa</p>		<ul style="list-style-type: none"> » Delito de pura actividad, que se consuma unilateralmente con la solicitud, o con la aceptación de la promesa o la recepción del precio en el marco del acuerdo ilícito. No requiere que el sujeto activo haya logrado influir sobre el funcionario. » Para la mayoría de la doctrina no se admite la posibilidad de tentativa.
<p>Otras cuestiones de interés</p>		<p>Agravante prevista en el segundo párrafo: el segundo párrafo del artículo agrava la conducta para los casos en que esté dirigida a hacer valer la influencia ante un magistrado del Poder Judicial o del Ministerio Público con el fin de obtener la emisión, dictado, demora u omisión de un dictamen resolución o fallo en asuntos sometidos a su competencia. Ella se funda en que esos funcionarios son quienes tienen a su cargo garantizar los derechos de los ciudadanos frente al poder. Lo que debe entenderse por emisión dictado, demora u omisión de un dictamen resolución o fallo en asuntos sometidos a su competencia será explicado en el artículo siguiente.</p>

DELITO DE COHECHO PASIVO AGRAVADO

Artículo del Código Penal		<p>Art. 257: <i>Será reprimido con reclusión o prisión de cuatro a doce años e inhabilitación especial perpetua, el magistrado del Poder Judicial o del Ministerio Público que por sí o por persona interpuesta, recibiere dinero o cualquier otra dádiva o aceptare una promesa directa o indirecta, para emitir, dictar, retardar u omitir una, resolución, fallo o dictamen en asuntos sometidos a su competencia.</i></p>	
Estructura típica	Tipo objetivo	Sujeto activo	<p>» Sólo los magistrados del Poder Judicial y del Ministerio Público Fiscal (<i>delicta propria</i>), directamente o por persona interpuesta, que será considerada partícipe necesario.</p>
		Sujeto pasivo	<p>No existe requerimiento en el tipo respecto del sujeto pasivo.</p>
		Acción típica	<p>» Recibir dinero o dádivas o aceptar promesas de ellos que ya fueron analizadas al tratar el tipo del art. 256, agravándose el delito por la calidad del autor y la naturaleza de los actos comprendidos en el acuerdo venal.</p> <p>Características de la acción:</p> <p>» El acuerdo debe tener por objeto el dictado, emisión, retardo u omisión de una resolución, fallo o dictamen de cuestiones sometidas a su competencia, a cambio de dinero o una dádiva que se recibe o acepta.</p> <p>» Dictar se refiere al pronunciamiento de la resolución o fallo en la forma requerida por la ley, que sea un acto resulte válido. Así, estaremos frente a una omisión cuando se acuerda dictarlos con defectos que los tornen nulos ya que ello sería similar a omitir su dictado. La demora deberá evaluarse desde el momento en que el sujeto activo se encuentre en situación de emitir el fallo o dictamen.</p> <p>» Debe tratarse de resoluciones, fallos o dictámenes emitidos en relación a una causa, independientemente de que se ajusten o no al orden normativo vigente.</p> <p>» Las resoluciones abarcan tanto los autos como los decretos, fallo es la sentencia, la decisión que pone fin a el pleito esté o no firme y dictamen es la expresión, sea oral o escrita, que efectúa el magistrado en torno a un asunto de su consideración.</p> <p>» En todos los casos debe tratarse de una cuestión sometida a conocimiento del agente, aunque éste no sea estrictamente competente.</p>
Tipo subjetivo	<p>» Se trata de un delito doloso, que sólo admite el dolo directo.</p> <p>» Requiere además una finalidad ultratípica: que la receptación o aceptación del dinero o dádiva sea para emitir, dictar, retardar u omitir una resolución, fallo o dictamen en un asunto sometido a su competencia.</p>		

Consumación y tentativa	<ul style="list-style-type: none"> » Con la aceptación de la promesa o la recepción del precio, no requiere entonces que el magistrado emita, dicte retarde u omita dictar el fallo, resolución o dictamen. » La doctrina mayoritaria niega la posibilidad de tentativa.
-------------------------	--

DELITO DE COHECHO ACTIVO Y TRÁFICO DE INFLUENCIAS ACTIVO

Artículo del Código Penal		<p><i>Art. 258: Será reprimido con reclusión o prisión de uno a seis años, el que directa o indirectamente diere u ofreciere dádivas en procura de alguna de las conductas reprimidas por los artículos. 256 y 256 bis, primer párrafo. Si la dádiva se hiciese u ofreciese con el fin de obtener alguna de las conductas tipificadas en 256 bis, segundo párrafo y 257, la pena será de reclusión o prisión de dos a seis años. Si el culpable fuere funcionario público, sufrirá además inhabilitación especial de dos a seis años en el primer caso y de tres a diez en el segundo.</i></p>	
Estructura típica	Tipo objetivo	Sujeto activo	<ul style="list-style-type: none"> » Cualquier persona. » Sin embargo, en caso de que el autor sea un funcionario público, la pena se agravará y imponiéndosele también inhabilitación especial.
		Sujeto pasivo	No existe requerimiento en el tipo respecto del sujeto pasivo.
		Acción típica	<ul style="list-style-type: none"> » La norma describe dos conductas típicas: dar u ofrecer dádivas a un funcionario. » Da el que entrega, ofrece el que promete, conformando así la contracara de las figuras de cohecho pasivo y tráfico de influencias pasivo. » La entrega o promesa puede hacerse directamente o por medio de persona interpuesta. <p>Características de la acción:</p> <ul style="list-style-type: none"> » Si bien estamos frente a la contracara de las conductas de cohecho pasivo y tráfico de influencias pasivo, se trata de un delito unilateral que no requiere la configuración de los mismos, siendo indistinto si el funcionario –en el caso de cohecho– o el tercero –en el tráfico de influencias– aceptan o no el ofrecimiento espurio. » En todos los casos debe referirse a hechos futuros, ya que las retribuciones efectuadas por actos ya realizados no son típicas de esta figura, sino del tipo previsto en el art. 259.
	Tipo subjetivo	<ul style="list-style-type: none"> » Se trata de un delito doloso, que sólo admite el dolo directo. » Requiere además una finalidad ultratípica consistente en que la entrega o promesa se realiza a fin de obtener alguna de las conductas previstas en los arts. 256, 256 bis y 257. 	

Consumación y tentativa	<ul style="list-style-type: none"> » Delito de pura actividad, que se consuma al dar u ofrecer la dádiva, cuando ellas llegan a conocimiento del funcionario o tercero, siendo irrelevante que éstos acepten o no. » La doctrina niega la posibilidad de tentativa, ya que las conductas anteriores del agente dirigidas a la búsqueda del acuerdo venal con el funcionario o el tercero serán actos preparatorios no punibles.
-------------------------	---

DELITO DE EXACCIONES ILEGALES

Artículo del Código Penal		<p><i>Art. 266: Será reprimido con prisión de uno a cuatro años e inhabilitación especial de uno a cinco años, el funcionario público que, abusando de su cargo, sollicitare, exigiere o hiciere pagar o entregar indebidamente, por si o por interpuesta persona, una contribución, un derecho o una dádiva o cobrase mayores derechos que los que corresponden.</i></p>	
Estructura típica	Tipo objetivo	Sujeto activo	<ul style="list-style-type: none"> » Sólo el funcionario público que actúa abusando de su cargo, directamente o por persona interpuesta.
		Sujeto pasivo	<ul style="list-style-type: none"> » La Administración Pública y el particular que entrega lo exigido por el funcionario por el temor que la autoridad pública infunde, viendo así afectado su patrimonio.
		Acción típica	<ul style="list-style-type: none"> » Solicitar: pedir, requerir, manifestar que desea alguna cosa. » Exigir: reclamar, demandar imperiosamente. » Hacerse pagar implica hacerse dar en pago dinero o documentos con poder cancelatorio. » Hacerse entregar es hacerse dar algo que tenga valor o cumpla una función económica. » Cobrar mayores derechos que los que corresponden implica que el funcionario obtiene el derecho pero de manera excedida, ya sea en virtud de haberlo exigido o solicitado al sujeto pasivo o por haberlo hecho incurrir en un error en relación a lo que debe. <p>Características de la acción:</p> <ul style="list-style-type: none"> » Puede presentarse en forma de una exigencia indebida, afectando la libertad de la víctima, por el temor que ella le tiene a la potestad pública del agente, o bien en forma de inducción al error, haciéndolo creer que tiene la obligación de pagar o dar algo que en realidad no debe, o como mínimo que no lo debe es esa medida. » Tanto lo exigido, como lo pagado, lo entregado o lo cobrado es algo no debido o al menos no debido en la forma requerida por la ley –mayores derechos-. Es indebido porque carece de la correspondiente autorización legal o reglamentaria, sea por ausencia de facultades del funcionario para realizar el cobro, o porque se extralimite en sus funciones solicitando aquello que no corresponde.

		<ul style="list-style-type: none"> » Debe mediar un abuso funcional del agente. El sujeto debe actuar en función de autoridad, invocando esa calidad –expresa o tácitamente– y esa calidad debe existir, aunque ella no le permita al agente exigir derecho alguno. » El objeto de la solicitud, exigencia, pago o entrega son las contribuciones –impuestos–, derechos –pago de la prestación de determinados servicios como tasas, sanciones o multas, o cumplimiento de obligaciones fiscales– o dádivas –remitimos respecto de su concepto a lo expresado al momento de analizar el art. 256 del CP–.
	<p>Tipo subjetivo</p>	<ul style="list-style-type: none"> » Se trata de un delito doloso, que sólo admite el dolo directo.
<p>Consumación y tentativa</p>		<ul style="list-style-type: none"> » En los casos en que el autor solicite o exija una contribución, derecho o dádiva el delito no requiere ningún resultado, consumándose con la mera exigencia por parte del funcionario. En estos casos, la tentativa no parece admisible. » En la modalidad de hacerse pagar o entregar o cobrar mayores derechos que los que corresponden, el delito se consuma con la recepción del objeto transferido. En estos supuestos estamos frente a un delito de resultado que admite tentativa.
<p>Otras cuestiones de interés</p>		<p>Diferencia con la concusión: La mayoría de la doctrina entiende que el tipo del art. 266 contempla la figura de exacciones ilegales, mientras la concusión queda abarcada por el tipo previsto en el art. 268 del CP, que reprime al funcionario que convierta en provecho propio las exacciones obtenidas ilegalmente.</p> <p>No obstante, para ciertos autores (D'Alessio, Carrara, Ramos Mejía) el tipo del art. 266 del CP contempla no sólo las exacciones ilegales, sino también la concusión. Así la exacción se presentará cuando el funcionario exija a un particular una contraprestación indebida en nombre y a beneficio del Estado, agravándose si posteriormente la convierte en provecho propio (art. 268 del CP). La concusión, por su parte, se configurará cuando lo que exija el funcionario sea la entrega de una dádiva, toda vez que como el estado no puede recibir dádivas resulta evidente que desde el inicio el agente requiere para sí y no para la Administración.</p> <p>Agravante del art. 267 del CP: “<i>Si se empleare intimidación o se invocare orden superior, comisión, mandamiento judicial u otra autorización ilegítima, podrá elevarse la pena hasta cuatro años y la inhabilitación hasta seis</i>”</p> <ul style="list-style-type: none"> » En este supuesto las exacciones se ven agravadas por los medios empleados por el autor para obtenerlas: » Intimidación comprende toda amenaza, explícita o implícita, de sufrir un mal, determinado o determinable, que puede recaer sobre la víctima o un tercero y deberá ser idónea para doblegar la voluntad del sujeto pasivo. » Engaño: cuando el autor invoca orden de una autoridad superior, comisión, mandamiento judicial u otra autorización legítima. En estos casos será necesario que el sujeto pasivo entregue algo al agente por creer que acata la orden de una autoridad.

DELITO DE CONCUSIÓN O EXACCIONES AGRAVADAS POR EL DESTINO DEL TRIBUTO

Artículo del Código Penal		Art. 268: <i>Será reprimido con prisión de dos a seis años e inhabilitación especial perpetua, el funcionario público que convirtiere en provecho propio o de tercero las exacciones ilegales expresadas en los artículos anteriores.</i>	
Estructura típica	Tipo objetivo	Sujeto activo	<ul style="list-style-type: none"> » Sólo el funcionario público que incurrió en las conductas descritas en los arts. 266 y 267 del CP. » El tercero que se beneficie con el delito será o participe necesario (por el aporte hecho al autor al momento de su ejecución); o encubridor (si sólo recibe el dinero una vez ejecutado el ilícito, sabiendo que tiene un origen ilícito).
		Sujeto pasivo	<ul style="list-style-type: none"> » La Administración Pública y el particular que ve afectado su patrimonio.
		Acción típica	<ul style="list-style-type: none"> » La norma prevé un delito de doble actividad: por un lado el agente debe haber intervenido como autor o partícipe de alguna de las exacciones previstas en los arts. 266 y 267 del CP, y agregar a esa conducta la conversión del producto de ellas en su particular provecho o en el de un tercero. » Convertir implica dar a lo detraído un destino distinto al que se invocó ante el particular, esto es hacerlo entrar en el patrimonio propio en lugar de ingresarlo a la Administración. No convierte el que habiendo ingresado los fondos en la Administración los quita de allí para ingresarlos en patrimonios particulares, ya que como veremos en este supuesto estaremos en presencia de otro delito (peculado). » El objeto tiene que haber sido exigido o solicitado en nombre de la Administración, ya que la prestación que el funcionario requiere para sí no puede ser convertida, y por ende, no puede haber concusión.
	Tipo subjetivo	<ul style="list-style-type: none"> » Se trata de un delito doloso, que sólo admite el dolo directo. » No es necesario que la finalidad de conversión exista al momento de solicitar la exacción, bastando con que el autor lo decida antes de ingresarlas a la Administración. 	
Consumación y tentativa		<ul style="list-style-type: none"> » El delito se consuma con la conversión de lo obtenido mediante la exacción en provecho del agente o de un tercero, lo que implica cuanto menos su transferencia a los patrimonios particulares. » La mayoría de los autores entiende que en estos casos la tentativa se verá desplazada por el delito de exacciones que se haya consumado. 	
Otras cuestiones de interés		<ul style="list-style-type: none"> » Diferencia con el peculado (art. 261 del CP): Si lo obtenido por medio de las exacciones ingresó primero a las arcas de la Administración y luego de ello el agente las convierte en provecho propio o de un tercero, estaremos ante peculado y no frente a una concusión. 	

DELITO DE ADMISIÓN SIMPLE DE DÁDIVAS

Artículo del Código Penal		Art. 259 primer párrafo: <i>Será reprimido con prisión de un mes a dos años e inhabilitación absoluta de uno a seis años, el funcionario público que admitiere dádivas, que fueran entregadas en consideración a su oficio, mientras permanezca en el ejercicio de su cargo.</i>	
Estructura típica	Tipo objetivo	Sujeto activo	» Sólo el funcionario público en ejercicio de su cargo.
		Sujeto pasivo	» La Administración Pública. No existe requerimiento en el tipo respecto del sujeto pasivo.
		Acción típica	<ul style="list-style-type: none"> » Consiste en admitir dádivas, la dádiva debe ser recibida por el funcionario, no bastando la aceptación de su promesa. » Respecto al concepto de dádiva nos remitimos a lo descripto anteriormente. » La cuestión respecto de si la recepción de pequeños regalos o donaciones impuestas por la costumbre integra la figura de análisis, fue tratada por la ley de ética y su decreto reglamentario 164/99 cuyo artículo 21 como regla general dispuso la prohibición de recibir regalos y obsequios, delegando en la autoridad de aplicación la reglamentación de los casos que por cortesía, amistad, protocolo o costumbres diplomáticas no se encuentran abarcadas por el régimen. Algunos autores como D' Alessio consideran que la recepción de esos tipos de regalos no constituyen delito.
	Tipo subjetivo	» Se trata de un delito doloso. El dolo comprende el conocimiento del carácter en el que el tercero entrega la dádiva y en la consiguiente voluntad de recibirla a pesar de ese conocimiento. En consecuencia, sólo parece admisible el dolo directo.	
Consumación y tentativa		<ul style="list-style-type: none"> » El delito se consuma con la recepción de la dádiva, la mera aceptación del ofrecimiento es atípica. » La doctrina mayoritaria entiende que no resulta posible la tentativa. 	
Otras cuestiones de interés		» Diferencia con el cohecho pasivo: la distinción radica en primer lugar en la falta de acuerdo venal entre los sujetos. Además mientras en el cohecho el funcionario acepta la dádiva a fin de hacer, retardar o dejar de hacer algo relativo a sus funciones, en la figura de análisis la dádiva está totalmente desvinculada de un acto de competencia del funcionario.	

DELITO DE OFRECIMIENTO SIMPLE DE DÁDIVAS

Artículo del Código Penal		Art. 259 segundo párrafo: <i>El que presentare u ofreciere la dádiva será reprimido con prisión de un mes a un año.</i>	
Estructura típica	Tipo objetivo	Sujeto activo	» Cualquiera puede ser autor del tipo.
		Sujeto pasivo	» La Administración Pública. No existe requerimiento en el tipo respecto del sujeto pasivo.
		Acción típica	» Consiste en presentar u ofrecer una dádiva. Presentar es sinónimo de dar, importa poner a disposición o entregar la dádiva. Ofrecer es ofertar, prometer la entrega de la dádiva. » En cuanto a qué debe entenderse por dádiva remitimos a lo descripto al momento de analizar el tipo previsto en el art. 256 del CP.
	Tipo subjetivo	» Se trata de un delito doloso, en que sólo parece posible el dolo directo. » Como ultrafinalidad exige que la dádiva sea presentada u ofrecida al funcionario en consideración a su cargo.	
Consumación y tentativa		» El delito se consuma unilateralmente con la presentación u ofrecimiento de la dádiva, sin que sea necesario la aceptación del funcionario. » La doctrina mayoritaria entiende que no resulta posible la tentativa.	
Otras cuestiones de interés		» Diferencia con el cohecho pasivo: la distinción radica en primer lugar en la falta de acuerdo venal entre los sujetos. Además mientras en el cohecho el sujeto ofrece la dádiva a fin de que el funcionario haga, re tarde o deje de hacer algo relativo a sus funciones, en la figura de análisis la dádiva está totalmente desvinculada de un acto de competencia del funcionario. El sujeto activo no busca la ejecución de ningún acto determinado por parte del funcionario público.	

DELITO DE SOBORNO TRANSNACIONAL

Artículo del Código Penal	Art. 258 bis: <i>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.</i>
---------------------------	---

Estructura típica	Tipo objetivo	Sujeto activo	» Cualquier persona. No se castiga al funcionario público que recibe la dádiva porque resulta funcionario extranjero. Se puede actuar por intermedio de otra persona.
		Sujeto pasivo	» El bien jurídico lesionado es, por un lado, la imparcialidad de los funcionarios extranjeros y, por el otro, la transparencia de las transacciones económicas, financieras o comerciales, con lo cual no existe una víctima directa.
		Acción típica	<p>1) Ofrecer, poner algo a disposición de alguien; y 2) otorgar que incluiría tanto dar algo a alguien, como consentir algo que se solicita.</p> <p>Características de la acción:</p> <ul style="list-style-type: none"> » La enumeración del artículo resulta mucho más amplia que la del cohecho activo o tráfico de influencias, ya que incluye no sólo elementos de valor económico sino también todo favor, compensación o promesa de cualquier índole que puede torcer el ánimo del funcionario público. » Deben efectuarse a un funcionario de un Estado o de una organización pública internacional (ONU, OEA, etc.) para su beneficio o de un tercero. » La distinción con el cohecho activo y el tráfico de influencias activo, se encuentra en la exigencia que el acto corrupto que se pretende motivar a través del pago de una dádiva debe ser exclusivamente un asunto vinculado a una transacción de naturaleza económica (“pertenciente o relativo a la economía”), financiera (“pertenciente o relativo a la hacienda pública, a las cuestiones bancarias y bursátiles o a los grandes negocios mercantiles”) o comercial (“pertenciente o relativo al comercio”); todo ello conforme al Diccionario de la lengua española. » Si la acción está dirigida a que el funcionario ejerza su influencia sobre otro, ella tiene que ser la derivada de su cargo, excluyendo otro tipo de influencia.
Tipo subjetivo	<ul style="list-style-type: none"> » Se trata de un delito doloso. » Se exige una ultrafinalidad, que el acuerdo se haga con algunos de los fines exigidos por el tipo, que el destinatario realice u omite realizar un acto de contenido económico, financiero o comercial que esté dentro de sus funciones o para que haga valer la influencia de su cargo. 		
Consumación y tentativa		<ul style="list-style-type: none"> » Con la mera realización de las conductas típicas (delito de peligro). No es necesario ni la conformación de un pacto, ni que la conducta que se pretende del funcionario se concrete. » La mayoría de la doctrina no admite la tentativa. Otros, sostienen que puede darse tentativa, en aquellos casos en que el sujeto activo despliega los medios necesarios para que el ofrecimiento de la dádiva llegue a destino, aunque fracase por cuestiones ajenas a su voluntad. Por ejemplo, enviar por correo el acuerdo, el que no llega por perderse el envío. 	

DELITO DE NEGOCIACIONES INCOMPATIBLES CON EL EJERCICIO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA

Artículo del Código Penal		<p>Art. 265: <i>Será reprimido con reclusión o prisión de uno a seis años e inhabilitación especial perpetua, el funcionario público que, directamente, por persona interpuesta o por acto simulado, se interesare en miras de un beneficio propio o de un tercero, en cualquier contrato u operación en que intervenga en razón de su cargo. [Texto según Ley 25.188].</i></p>	
Estructura típica	Tipo objetivo	Sujeto activo	<ul style="list-style-type: none"> » Solo el funcionario público que tenga competencia funcional sobre la negociación (intervengan en razón de su cargo). » Sancinetti, sostiene que para caracterizar al sujeto activo, basta que la actuación del funcionario público pueda ser atribuida a la administración pública, con absoluta prescindencia de las reglas internas de competencia. Vale decir que este autor sostiene que la competencia funcional es indistinta, basta que el acto se realice en ejercicio o con ocasión de sus funciones para que aquel pueda cometer este delito (art. 43 del Código Civil). » Puede cometerse por persona interpuesta.
		Sujeto pasivo	<ul style="list-style-type: none"> » No hay referencia explícita al sujeto pasivo.
		Acción típica	<ul style="list-style-type: none"> » La acción típica es la de “interesarse” en un contrato u operación, que se verifica según nuestra postura cuando el funcionario guía el negocio de que se trate en pos de un interés no administrativo, sea para satisfacer un beneficio propio del funcionario o de un tercero (en miras de). Se trata, en este caso de un abuso o desviación de poder. Por ejemplo, un funcionario que modifica las condiciones o requisitos de una licitación pública para favorecer a un oferente particular, con competencia para hacerlo. » Otra postura restringe el tipo penal a la simple superposición de dos personalidades, la del funcionario público que asume a su vez la posición de tercero interesado (funcionario público que contrate consigo mismo o persona interpuesta). » La doctrina señala que el interés debe ser de índole económica, aún cuando este motivado en otras causas.
	Tipo subjetivo	<ul style="list-style-type: none"> » Se trata de un delito doloso. La figura requiere también una ultrafinalidad: que el agente actúe a efectos de obtener de un beneficio propio o de un tercero. 	
Consumación y tentativa		<ul style="list-style-type: none"> » Se consuma por el sólo hecho de interesarse en el negocio en que interviene en razón de su cargo, aunque el beneficio buscado no se concrete, ni se requiere que se haya producido un daño patrimonial concreto a la Administración Pública. La acción del funcionario, inclusive, podría derivar en un beneficio patrimonial para la Administración Pública, pero si la finalidad perseguida fue obtener un beneficio propio o de un tercero, el delito queda configurado. 	

	» La doctrina admite mayoritariamente la posibilidad de tentativa.
Otras cuestiones de interés	Distinción con conflictos de intereses; dado que entendemos que el elemento que caracteriza la acción típica “interesarse” es el abuso de poder, es decir, la actuación del funcionario guiado por su intención de favorecerse a sí mismo o a un tercero condicionando la voluntad de negociar del Estado; podemos sostener que ese es el elemento que no esta presente en el conflicto de intereses. En estos supuestos, esa intención no se tiene en cuenta o no aparece. Basta que el funcionario público esté en condiciones de actuar de manera parcial, motivada por sus intereses particulares o los de terceros. Estos supuestos se encuentran descriptos en el art. 13 de la Ley 25.188.

DELITO DE MALVERSACIÓN DE CAUDALES PÚBLICOS

Artículo del Código Penal		Art. 260: <i>Será reprimido con inhabilitación especial de un mes a tres años, el funcionario público que diere a los caudales o efectos que administrare una aplicación diferente de aquella a que estuvieren destinados. Si de ello resultare daño o entorpecimiento del servicio a que estuvieren destinados, se impondrá además al culpable, multa del veinte al cincuenta por ciento de la cantidad distraída.</i>	
Estructura típica	Tipo objetivo	Sujeto activo	» Solo el funcionario público que se encuentre en una especial situación funcional derivada de su carácter de administrador de bienes del Estado.
		Sujeto pasivo	» No existe requerimiento en el tipo respecto del sujeto pasivo.
		Acción típica	<p>» Se trata de dar a los caudales y efectos administrados por el funcionario una aplicación diferente a aquella que estaban destinados.</p> <p>Características de la acción:</p> <ul style="list-style-type: none"> » Por caudales se entiende a toda clase de bienes con el alcance que se les da en el art. 2312 del Código Civil mientras que el concepto de efectos se relaciona con los documentos de crédito emanados del Estado, sea nacional, provincial o municipal. » La doctrina nacional entiende que son bienes públicos aquellos que pertenecen a la administración pública y que la pertenencia comienza desde el mismo momento en que existe un derecho expectante de la administración, aunque ellos no hayan ingresado formalmente a las arcas de la entidad (Teoría de la pertenencia). » El cambio de destino debe ser público (es decir, no deben salir de la órbita de la administración pública). » La acción típica exige que los bienes deben estar sujetos a una finalidad específica destinada por ley, reglamento u orden de autoridad competente (un bien que no tenga destino específico no estará dentro de los bienes que puedan ser objeto de malversación).

	Tipo subjetivo	» Se trata de un delito doloso, que sólo admite el dolo directo.
Consumación y tentativa		<ul style="list-style-type: none"> » La mayor parte de la doctrina entiende que se trata de un delito de peligro (la aplicación indebida de los bienes puede amenazar el correcto funcionamiento en el orden patrimonial de la administración pública). » Se consuma en el momento en que se aplican los bienes a una finalidad diversa a la que corresponde. » Se admite la tentativa.
Otras cuestiones de interés		El daño o entorpecimiento del servicio al que estaban destinados los bienes agrava la figura (es necesario que se concrete la producción real y efectiva del daño o entorpecimiento del servicio público).

DELITO DE PECULADO

Artículo del Código Penal	Art. 261 (primer párrafo): <i>Será reprimido con reclusión o prisión de dos a diez años e inhabilitación absoluta perpetua, el funcionario público que sustrajere caudales o efectos cuya administración, percepción o custodia le haya sido confiada por razón de su cargo.</i>	
Estructura típica	Tipo objetivo	
	Sujeto activo	» Solo el funcionario público que se encuentre en una especial relación con el bien en cuestión en razón de habersele confiado, como consecuencia de su cargo, la administración, percepción o custodia del bien. Administrar es la facultad para aplicar los bienes a las finalidades legalmente determinadas; Percibir implica la facultad de recibir bienes para la administración pública, para ingresarlos o reingresarlos; Custodiar se refiere a la actividad de cuidado y vigilancia de los bienes.
	Sujeto pasivo	» No existe requerimiento en el tipo respecto del sujeto pasivo.
	Acción típica	<ul style="list-style-type: none"> » La acción reprimida es la de sustraer, extraer o quitar los bienes de la tenencia en la esfera administrativa en que ellos han sido colocados por las leyes, reglamentos u órdenes legítimas. » El bien debe ser separado o apartado de la esfera de la administración pública en la que legalmente se encuentra (implica colocarlo fuera del alcance de la custodia en que fue previsto). » La custodia puede ser transitoria o permanente, pero ella, al momento del hecho, debe haber sido confiada al funcionario en razón de su cargo. La custodia compartida con otro funcionario queda comprendida por este tipo penal.

		<ul style="list-style-type: none"> » Respecto a los caudales y efectos valen las mismas consideraciones realizadas en el delito de malversación.
	Tipo subjetivo	<ul style="list-style-type: none"> » Se trata de un delito doloso. Se admite el dolo eventual.
Consumación y tentativa		<ul style="list-style-type: none"> » Una parte de la doctrina considera que para que se consuma el delito de peculado es necesario que exista lesión patrimonial a la administración pública (Nuñez, Fontán Ballestra, Soler). Para otra, con la sola separación de los bienes de la esfera del Estado es suficiente (Creus, Soler, Buompadre). » La diferenciación del significado de sustracción del de apropiación y apoderamiento implica que para la consumación del delito no se exige que el bien ingrese en el ámbito patrimonial del funcionario o tercero sino solo que sea quitado de la esfera de custodia confiada al autor. » Se considera que la tentativa podría ser admisible.
Otras cuestiones de interés		Es una forma distinta de malversación. La malversación es el género, mientras que el peculado es la especie.

DELITO DE PECULADO DE TRABAJOS O SERVICIOS

Artículo del Código Penal	Art. 261 (segundo párrafo): <i>Será reprimido con la misma pena el funcionario público que empleare en provecho propio o de un tercero, trabajos o servicios pagados por una administración pública.</i>	
Estructura típica	Tipo objetivo	<p>Sujeto activo</p> <ul style="list-style-type: none"> » Sólo el funcionario público con competencia para disponer dentro de la administración pública de trabajos o servicios mencionados por esta figura. <p>Sujeto pasivo</p> <ul style="list-style-type: none"> » No existe requerimiento en el tipo respecto del sujeto pasivo. <p>Acción típica</p> <ul style="list-style-type: none"> » La acción reprimida es la de emplear, es decir, utilizar ocupar, encargar el trabajo o servicios afectándolos en razón de las necesidades del agente que los dispone o de un tercero. <p>Características de la acción:</p> <ul style="list-style-type: none"> » El objeto material de este delito está constituido por trabajos (producción de algo determinado) o servicios (comprende toda actividad que se cumple manual o intelectualmente, siempre que no esté determinada por la sola construcción de algo) que deben ser pagados por la administración pública en forma de contraprestación como sueldo, jornal o precio de la obra. » Lo punible es la desafectación del trabajo o servicio de su destino administrativo, desviándolo hacia uno ajeno a la Administración.

		<ul style="list-style-type: none"> » No necesariamente el desvío se debe traducir en una ventaja económica para el funcionario o tercero. » La expresión “administración pública” debe ser entendida en sentido amplio (comprensiva de los tres poderes del Estado).
	Tipo subjetivo	<ul style="list-style-type: none"> » Se trata de un delito doloso que exige un particular elemento subjetivo del injusto que consiste en el ánimo de provecho propio o de un tercero. No admite dolo eventual.
	Consumación y tentativa	<ul style="list-style-type: none"> » La doctrina mayoritaria entiende que es un delito que se consuma con el empleo de los trabajos o servicios en beneficio del autor o de un tercero, aún cuando no se haya producido un perjuicio distinto del que significa la simple desviación. » Esta postura considera que la tentativa es admisible.
	Otras cuestiones de interés	<p>La utilización de bienes públicos con fines ajenos a los administrativos, denominado peculado de uso, es atípico para nuestra legislación toda vez que no puede considerarse que tal caso (utilización o disfrute) constituya una verdadera apropiación (quedan excluidos aquellos bienes como el dinero o cosas consumibles o cuando el uso del bien constituya apropiación debido a que tal actividad lleva implícita la sustracción de los bienes de su ámbito propio).</p>

DELITO DE MALVERSACIÓN CULPOSA

Artículo del Código Penal		<p>Art. 262: <i>Será reprimido con multa del veinte al sesenta por ciento del valor sustraído, el funcionario público que, por imprudencia o negligencia o por inobservancia de los reglamentos o deberes a su cargo, diere ocasión a que se efectuare por otra persona la sustracción de caudales o efectos de que se trata en el artículo anterior.</i></p>	
Estructura típica	Tipo objetivo	Sujeto activo	<ul style="list-style-type: none"> » Solo el funcionario público que comparte la doble condición exigida en el delito de peculado.
		Sujeto pasivo	<ul style="list-style-type: none"> » No existe requerimiento en el tipo respecto del sujeto pasivo.
		Acción típica	<ul style="list-style-type: none"> » Esta figura contiene una estructura irregular, ya que el accionar culposo del funcionario no incide directamente produciendo el resultado, sino que lo que hace es facilitar la conducta dolosa de un tercero. Por tanto, no se castiga la sustracción culposa de caudales o efectos sino el dar lugar culposamente a que otro los sustraiga dolosamente <p>Características de la acción:</p> <ul style="list-style-type: none"> » Debe existir un tercero que sustraiga los caudales o efectos que han sido confiados al funcionario en razón de su cargo.

		<ul style="list-style-type: none"> » Da ocasión quien pone una condición que facilita o permite consumir la sustracción. La conducta culposa del funcionario tiene que haber hecho posible la sustracción en el caso concreto (la sustracción del tercero puede no quedar comprendida en peculado, sino en un hurto, un robo o una defraudación, según el caso concreto). » El tercero puede ser un particular o un funcionario público.
	Tipo subjetivo	<ul style="list-style-type: none"> » Se trata de una actitud tolerante, permisiva o de facilitación ejecutiva de la sustracción por parte de un tercero. » La infracción al deber de cuidado se establecerá en cada caso mediante la confrontación de la conducta realizada con la debida de acuerdo al marco normativo que regule la actuación del funcionario
Consumación y tentativa		<ul style="list-style-type: none"> » Requiere un resultado: la consumación del delito doloso del tercero mediante la separación de los bienes o caudales (cuando éstos han sido apartados de la tenencia de la administración pública, el delito culposo queda consumado). » La tentativa no es admisible.

DELITO DE UTILIZACIÓN DE INFORMACIÓN Y DATOS DE CARÁCTER RESERVADO CON FINES DE LUCRO

Artículo del Código Penal		Art. 268 (1): <i>Será reprimido con la pena del art. 256, el funcionario público que con fines de lucro utilizare para sí o para un tercero informaciones o datos de carácter reservado de los que haya tomado conocimiento en razón de su cargo.</i>	
Estructura típica	Tipo objetivo	Sujeto activo	» Solo el funcionario público que haya tomado conocimiento de la información o dato reservado en razón de su cargo (círculo de agentes que tienen acceso al dato o información).
		Sujeto pasivo	» No existe requerimiento en el tipo respecto del sujeto pasivo.
		Acción típica	<p>» Utilizar implica tanto valerse de la información o dato, con la finalidad de lucro.</p> <p>Características de la acción:</p> <ul style="list-style-type: none"> » El objeto de la acción está integrado por tres requisitos: <ol style="list-style-type: none"> 1) debe consistir en informaciones (noticias o conocimientos de carácter global acerca de actos, decisiones, hechos o circunstancias vinculados al ejercicio de la función pública) o datos (aspectos concretos de los que es posible inferir alguno de los ejemplos antes mencionados). La información o dato deben ser idóneos para que el autor pueda obtener un beneficio económico que persigue al utilizarlos; 2) la información o dato deben ser de carácter reservado, esto es que, por su propia naturaleza o por disposición expresa o implícita de la ley o de la autoridad competente, no deben trascender del ámbito funcional que los posee;

		3) el funcionario debe haber tenido acceso a la información o dato reservado en razón de su competencia o desempeño funcional.
	Tipo subjetivo	<ul style="list-style-type: none"> » Se trata de un delito doloso que exige además una ultrafinalidad que consiste en el ánimo de lucro (sea que beneficie al mismo funcionario o a un tercero). » Esta figura no admite forma culposa.
	Consumación y tentativa	<ul style="list-style-type: none"> » La utilización del dato consume el delito sin necesidad de que se obtenga el lucro o beneficio perseguido o que se produzca perjuicio a la administración pública. » La tentativa podría ser admisible.
	Consumación y tentativa	<ul style="list-style-type: none"> » No necesariamente utilizar el dato o la información implica que éstos sean revelados, pues pueden presentarse formas de emplear el objeto sin que éste llegue a ser conocido por terceros. La revelación de la información o dato a título gratuito quedaría fuera de esta figura, aunque podría ser abarcada por los arts. 157 y 222 del C. P. según el caso (D'Alessio). » Queda fuera de esta figura penal el caso del funcionario que, pese a ser competente en el sentido requerido, toma conocimiento de la información o dato de cualquier otra vía que no sea particularmente la funcional (Nuñez, D'Alessio, Buompadre).

DELITO DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO DE FUNCIONARIO PÚBLICO

Artículo del Código Penal	<p><i>Art. 268 (2): Será reprimido con reclusión o prisión de dos a seis años, multa del cincuenta por ciento al ciento por ciento del valor del enriquecimiento e inhabilitación absoluta perpetua, el que al ser debidamente requerido, no justificare la procedencia de un enriquecimiento patrimonial apreciable suyo o de persona interpuesta para disimularlo, ocurrido con posterioridad a la asunción de un cargo o empleo público y hasta dos años después de haber cesado en su desempeño. Se entenderá que hubo enriquecimiento no sólo cuando el patrimonio se hubiese incrementado con dinero, cosas o bienes, sino también cuando se hubiesen cancelado deudas o extinguido obligaciones que lo afectaban. La persona interpuesta para disimular el enriquecimiento será reprimida con la misma pena que el autor del hecho.</i></p>	
Estructura típica	Tipo objetivo	<p>Sujeto activo » Comprende tanto a quien desempeña o ha desempeñado una función pública, como al que simplemente presta, o ha prestado servicios en una administración pública sin reunir la calidad de funcionario o empleado público en los términos del art. 77 del CP.</p> <p>Sujeto pasivo » No existe requerimiento en el tipo respecto del sujeto pasivo.</p> <p>Acción típica » La acción típica del empleado o funcionario público es la de enriquecerse de manera apreciable y de forma injustificada durante la vigencia de la relación laboral</p>

		<ul style="list-style-type: none"> » Dos elementos caracterizan este tipo penal: 1) El crecimiento patrimonial apreciable del funcionario público, y 2) La falta de explicación sobre el origen de ese incremento, al ser requerido por autoridad competente. » El incremento patrimonial (aumento del activo o disminución del pasivo) tendrá lugar cuando resulte considerable con relación a la situación económica del funcionario en el momento de asumir el cargo y que no éste de acuerdo con las posibilidades de evolución normal de aquella durante el tiempo de desempeño de la función o en el período ulterior a su cese anterior a la producción del requerimiento. » Para que la conducta sea típica deberá existir requisitoria para que se justifique el enriquecimiento. Dicho requerimiento deberá ser específico, no global o general sobre todo el patrimonio del funcionario. Podrá ser realizado por los órganos administrativos de control mientras el agente ocupe cargos públicos o en cualquier momento posterior al de haber cesado en la función. También lo pueden efectuar integrantes del Ministerio Público Fiscal y Jueces. » La persona interpuesta queda incluida dentro de las previsiones del art. 45 del CP, salvo que pudiese ser considerado sólo participe secundario.
	<p>Tipo subjetivo</p>	<ul style="list-style-type: none"> » Se trata de un delito doloso.
	<p>Consumación y tentativa</p>	<ul style="list-style-type: none"> » Debe considerarse consumado en el momento en que se produce el enriquecimiento.
	<p>Otras cuestiones de interés</p>	<ul style="list-style-type: none"> » El enriquecimiento es parte del <i>iter criminis</i> del delito que lo originó y constituye su faz de agotamiento.

BIBLIOGRAFÍA UTILIZADA EN ESTE CAPÍTULO:

- BRUZZONE, G., GULLCO, H. y otros; *El delito de enriquecimiento ilícito de funcionario público*, Buenos Aires, Editorial AD-DOC, 2005.
- BUOMPADRE, J. E., en *Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, Dirección: David BAIGÚN y Eugenio R. ZAFFARONI, tomo 10, Buenos Aires, Editorial Hammurabi, 1º Ed., 2011.
- CREUS, C., *Derecho Penal*, Parte Especial, tomo II, 6º Ed., 2º reimpresión, Buenos Aires, Ed. Astrea, 1999.
- DONNA, E. A., *Delitos contra la administración pública*, 1º Ed., Buenos Aires, Ed. Rubinzal Culzoni, 2002.
- D´ALESSIO, A. J., *Código Penal Comentado y Anotado. Parte Especial. Arts. 79 a 306*, 1º Ed., Buenos Aires, La Ley, 2004.
- RIGHI, E., *Derecho Penal, Parte General*, Buenos Aires, Editorial Lexis Neus, 2007.
- ZAFFARONI, E., SLOKAR, A., ALAGIA, A., *Derecho Penal, Parte General*, Buenos Aires, Editorial Edia, 2000.

ARTÍCULOS DE DOCTRINA UTILIZADOS EN ESTE CAPÍTULO:

- SANCINETTI, M. A. "Negociaciones Incompatibles con el ejercicio de funciones públicas", en *Revista Doctrina Penal*, Año 9, Depalma, Buenos Aires, 1986.
- HEGLIN, M. F. "La figura de negociaciones incompatibles en la jurisprudencia de la Capital Federal", en *Nueva doctrina Penal*, pág.236, Editorial del Puerto, Buenos Aires.

4

CAPÍTULO 4 » OTROS TIPOS PENALES RELACIONADOS CON LA CORRUPCIÓN O CON ACTOS DE CORRUPCIÓN



INTRODUCCIÓN

Los delitos a desarrollar en este Capítulo no están previstos como actos de corrupción en los instrumentos internacionales que regulan dicho fenómeno. Sin embargo, la DIOA muchas veces los debe investigar porque todos ellos están íntimamente relacionados con los actos de corrupción, haciéndose mucho más evidente ese vínculo en los casos de corrupción sistémica. De tal manera, en muchas ocasiones la investigación de actos de corrupción implica también recolectar elementos sobre la existencia de estos tipos penales.

Ahora bien, creemos que un programa que pretenda abordar el aspecto punitivo de la lucha contra la corrupción de manera global no puede dejar de contemplarlos.

Asimismo, cuando estos actos son cometidos por funcionarios públicos y se afecta el patrimonio estatal, el agente incurriría en una de las formas del “abuso de funciones”, acto de corrupción definido como la realización de cualquier acto u omisión por parte de un funcionario público, en el ejercicio de sus funciones, en violación a la ley, con el fin de obtener un beneficio indebido para sí mismo o para terceros (art. VI inc. c de la CICC y art. 19 de la CNUCC). En este supuesto incurren los funcionarios públicos que cometen los delitos de administración infiel (art. 173 inc.7 del CP) o estafa (art. 172 CP) perjudicando el patrimonio del Estado (art. 174 inc. 5)

Tampoco podemos ignorar que una de las formas más comunes de afectar el erario público se produce precisamente a través de esas defraudaciones. Y que en muchos supuestos, los sobornos a funcionarios públicos son de muy difícil constatación, pudiendo acreditarse más fácilmente los fraudes o defraudaciones que se producen al erario público como consecuencia de ellos.

Por otra parte, no se puede negar la vinculación entre los delitos cometidos por el crimen organizado y la corrupción, tal como lo señala Julio Virgolini¹, o con el lavado de dinero (art. 303 y 304 del CP), razón por la cual el delito de asociación ilícita (art. 210 del CP) debe ser estudiado, sobre todo si entre los acuerdos para cometer delitos se incluyen actos de corrupción o si el dinero que se pretende lavar fue sustraído al Estado.

Si bien las reglas sobre la participación y el encubrimiento (arts. 45 a 49 y 277 a 279 del CP), se aplican en relación a todo delito, la Convención ONU contra la corrupción, especifica que cada Estado adoptará las medidas necesarias para tipificar en sus legislaciones el encubrimiento de las conductas previstas como delitos conforme esa legislación internacional, o la participación en ellas, ya sea como instigador, cómplice o colaborador

¹ Virgolini sostiene que muchas veces, aunque no siempre, los delincuentes de cuello blanco y los integrantes de las redes de crimen organizado son quienes protagonizan los actos de corrupción, puesto que sus emprendimientos suelen requerirlos (Cfr. Julio Virgolini, op. cit. Capítulo VI: La corrupción).

(arts. 24 y 27 de Convención ONU).

En base a todo lo hasta aquí expuesto procederemos a estudiar otros tipos penales vinculados con la corrupción.

DEFRAUDACIONES

Las defraudaciones se encuentran tipificadas en el Código Penal en el apartado referido a los delitos contra la propiedad. Sin embargo, como ya lo señalamos, se constituyen en actos de corrupción en la medida que dichas defraudaciones sean cometidas por funcionarios públicos y se afecte el patrimonio del Estado.

Se denomina **defraudaciones** a una serie de delitos que tienen los siguientes elementos comunes: una lesión patrimonial o la disminución de un patrimonio, generados por el desplazamiento material de bienes como consecuencia de la actividad voluntaria de la propia víctima o titular de ese patrimonio (sujeto pasivo) o de la actividad del autor del delito (sujeto activo) que se aprovecha de circunstancias ajenas a él (por ejemplo: aprovecharse de un error de la víctima no provocado por el sujeto activo). Para que el delito se configure, la víctima debe ser inducida a generar ese desplazamiento por la actividad o conducta del autor del delito –ardid o engaño–, o bien éste debe aprovecharse del error cometido por el sujeto pasivo o un tercero.

La doctrina penal desarrolla diferentes especies de defraudaciones. Aquí se mencionarán sólo dos de ellas, que son las relevantes por su posible vinculación con la corrupción:

- » Las defraudaciones por fraude.
- » Las defraudaciones que se cometen abusando de la confianza depositada en el autor.

1. Defraudaciones por fraude: son aquellas en las que el autor a través de un ardid o engaño genera un error en el sujeto pasivo. Este error motiva que el engañado realice por propia voluntad una disposición que perjudica su patrimonio o el patrimonio de un tercero. Un ejemplo de este tipo de defraudación es la estafa, prevista en el art. 172 del CP.

DELITO DE ESTAFA		
Artículo del Código Penal		Art. 172: <i>Será reprimido con prisión de un mes a seis años, el que defraudare a otro con nombre supuesto, calidad simulada, falsos títulos, influencia mentida, abuso de confianza o aparentando bienes, crédito, comisión, empresa o negociación o valiéndose de cualquier otro ardid o engaño.</i>
Estructura típica	Tipo objetivo	<p>Sujeto activo » Cualquier persona.</p> <p>Sujeto pasivo » La víctima es la persona que padece el error causado por el ardid o engaño del sujeto activo. » El ofendido es la persona que sufre un daño en su propiedad a causa de la disposición patrimonial que realizó la víctima como consecuencia de su error. » Ambas calidades pueden recaer en la misma persona o en personas distintas.</p> <p>Acción típica » La estafa es un tipo especial de defraudación que se caracteriza por la utilización de ardid o engaño. » Ardid es cualquier artificio o medios objetivos empleados para engañar (por ejemplo falsificar documentos). El engaño es la falsa verdad en lo que se dice o se hace creer y exige que un tercero padezca el error. El ardid exige maniobras objetivas, mientras que para la configuración del engaño basta la conducta contraria a la verdad. » Este delito tiene tres elementos fundamentales: el ardid o engaño, el error y la disposición patrimonial perjudicial. Para que se configure el delito se requiere la presencia de una doble relación causal: el ardid o engaño debe ser causa del error, y el error debe ser causa de la disposición patrimonial perjudicial. » En la norma se enumeran expresamente algunos casos de ardid o engaño (nombre supuesto, calidad simulada, falsos títulos, etc.) pero se trata de una enumeración no taxativa.</p>
	Tipo subjetivo	» Se trata de un delito que requiere dolo directo.
	Consumación y tentativa	» Se trata de un delito material, es decir que su consumación depende de la producción del perjuicio.
Otras cuestiones de interés		<p>» Cuando el patrimonio afectado pertenece a la Administración Pública, se considera un agravante del delito, con la consecuente elevación de la pena en relación al tipo básico de estafa, conforme lo previsto por el art. 174 inc. 5 del C.P. En este caso, el delito se denomina fraude en perjuicio de la Administración Pública.</p> <p>» Cuando el fraude lo comete un funcionario o empleado público, la pena se debe agravar con inhabilitación especial perpetua conforme lo previsto en el artículo mencionado.</p>

- 2. Defraudaciones que se cometen abusando de la confianza depositada en el autor:** este tipo de defraudación se conoce con el nombre de administración infiel o fraudulenta. En este caso, el sujeto pasivo confía su patrimonio a otra persona, con la pretensión de que éste último (el administrador) actúe de la misma forma que lo haría él. Esta expectativa es la que se vulnera cuando el sujeto activo se abusa de esa confianza, aprovechándose de la relación preexistente y perjudicando el patrimonio confiado.

DELITO DE ADMINISTRACIÓN INFIEL O FRAUDULENTO

Artículo del Código Penal		<p>Art. 173.7: <i>Sin perjuicio de la disposición general del artículo precedente, se considerarán casos especiales de defraudación y sufrirán la pena que él establece: ... 7. El que, por disposición de la ley, de la autoridad o por un acto jurídico, tuviera a su cargo el manejo, la administración o el cuidado de bienes o intereses pecuniarios ajenos, y con el fin de procurar para sí o para un tercero un lucro indebido o para causar daño, violando sus deberes perjudicare los intereses confiados u obligare abusivamente al titular de éstos.</i></p>	
Estructura típica	Tipo objetivo	Sujeto activo	» Aquellas personas que por disposición de la ley o de la autoridad o por un acto jurídico, tengan a su cargo el manejo, la administración o el cuidado de bienes o intereses pecuniarios ajenos.
		Sujeto pasivo	» Titular del patrimonio afectado o perjudicado. Puede ser cualquier persona.
		Acción típica	<p>» La acción típica consiste en exceder arbitrariamente las facultades que se poseen o incumplir las obligaciones asumidas.</p> <p>» El deber de cuidado del sujeto activo en relación del patrimonio del sujeto pasivo puede surgir de:</p> <p>» La ley: el derecho positivo confiere el cargo de administrador de bienes o intereses ajenos a determinados individuos, por ejemplo, la curatela (art. 3844 y subsiguientes del Código Civil).</p> <p>» La autoridad: cuando la autoridad de cualquiera de los tres poderes del estado, encomiendo a una persona la función de administrar bienes ajenos; ejemplo, tutor o cuidador designado judicialmente.</p> <p>» Cualquier acto jurídico: cuando las facultades de administración provienen de un negocio jurídico que puede revertir las más variadas formas (ejemplos, mandatarios, apoderados, director de una sociedad, etc.).</p> <p>» La expectativa del sujeto pasivo se quiebra si el cuidador o administrador:</p>

		<ul style="list-style-type: none"> » Perjudica los bienes o intereses confiados: implica disminuir el valor de los intereses o el patrimonio confiado. » Obliga abusivamente al sujeto activo: el autor compromete el patrimonio a su cargo, aumentando su pasivo, reconociendo deudas inexistentes o garantizando deudas de terceros o propias, sin justificación, de tal manera que debe cumplir con terceros esos acuerdos exagerados.
	Tipo subjetivo	<ul style="list-style-type: none"> » Se trata de un delito que requiere dolo directo. Además exige la presencia de uno de los dos elementos subjetivos previstos en la norma: el fin de lucro para sí o para tercero, o el de causar un daño de naturaleza económica.
Consumación y tentativa		<ul style="list-style-type: none"> » El delito se consuma cuando se causa el perjuicio. » Se admite la tentativa.
Otras cuestiones de interés		<ul style="list-style-type: none"> » Cuando el autor de este delito sea un individuo que desempeña funciones en la Administración Pública y el patrimonio comprometido sea el del Estado, será aplicable la agravante de fraude en perjuicio de una administración pública prevista en el art. 174. inciso 5) del Código Penal.

ATENTADO Y RESISTENCIA A LA AUTORIDAD

Si bien los delitos que se desarrollan a continuación no constituyen en sí mismos actos de corrupción, cobran relevancia cuando la violencia ejercida por el sujeto activo está vinculada con la obtención de un beneficio ilícito para sí o para un tercero, por ejemplo: un acto que se comete en perjuicio de un funcionario que debe denunciar o investigar un delito.

DELITO DE ATENTADO A LA AUTORIDAD

Artículo del Código Penal		<p><i>Art. 237: Será reprimido con prisión de un mes a un año, el que empleare intimidación o fuerza contra un funcionario público o contra la persona que le prestare asistencia a requerimiento de aquél o en virtud de un deber legal, para exigirle la ejecución u omisión de un acto propio de sus funciones.</i></p>	
Estructura típica	Tipo objetivo	Sujeto activo	<ul style="list-style-type: none"> » Cualquier persona.
		Sujeto pasivo	<ul style="list-style-type: none"> » Funcionario público en ejercicio de sus funciones. » O la persona que le prestare asistencia.

		<p>Acción típica</p> <ul style="list-style-type: none"> » Consiste en usar la fuerza o intimidación contra un funcionario público para imponerle un determinado hacer o una determinada omisión de orden funcional. » El atentado sólo será posible si el sujeto pasivo no ha iniciado el acto funcional, porque si dicho acto ya ha sido iniciado se tratará de un caso de resistencia a la autoridad. » Por intimidación se entiende coerción moral, es decir toda actividad de carácter psíquico capaz de condicionar la voluntad del funcionario o de quien lo asiste. » Por fuerza se entiende el ejercicio de una energía física con capacidad para condicionar la voluntad del sujeto pasivo. Sin embargo, si es que existe contacto entre el cuerpo del sujeto activo y el sujeto pasivo se tratará del supuesto agravado “poner manos sobre la autoridad”.
	<p>Tipo subjetivo</p>	<ul style="list-style-type: none"> » Se trata de un delito doloso, que exige el conocimiento de la calidad especial del sujeto pasivo (funcionario público o quien lo asiste) y que el acto exigido se encuentra dentro de las atribuciones del funcionario.
<p>Consumación y tentativa</p>		<ul style="list-style-type: none"> » La mayor parte de la doctrina entiende que se trata de un delito de peligro, que se consuma por el sólo hecho de utilizar fuerza o intimidación con la finalidad expresada, sin que importe si el autor efectivamente consigue la ejecución u omisión del acto. » La tentativa no resulta posible.
<p>Otras cuestiones de interés</p>		<ul style="list-style-type: none"> » El art. 238 del CP establece penas más graves cuando el atentado a la autoridad: <ul style="list-style-type: none"> » Es cometido a mano armada; » Es cometido por más de tres personas; » Es cometido por un funcionario público;² » Si el sujeto activo “pone manos en la autoridad”.³

² En este caso el funcionario público que cometa el delito sufrirá una inhabilitación especial por el doble de tiempo de la condena.

³ Se refiere a todos los casos en los que el sujeto activo ejecuta actos de fuerza (golpes, empujones) sobre la persona del sujeto pasivo. En consecuencia, se entiende que cuando en la figura básica prevista en el art. 237 se habla de “fuerza” sólo quedarían abarcados los casos en que exista uso de medios mecánicos, eléctricos, químicos o el uso de animales.

DELITO DE RESISTENCIA A LA AUTORIDAD		
Artículo del Código Penal		<p>Art. 239: <i>Será reprimido con prisión de quince días a un año, el que resistiere o desobedeciere a un funcionario público en el ejercicio legítimo de sus funciones o a la persona que le prestare asistencia a requerimiento de aquél o en virtud de una obligación legal.</i></p>
Estructura típica	Tipo objetivo	<p>Sujeto activo » El destinatario del acto funcional del que se trate.</p> <p>Sujeto pasivo » Funcionario público en ejercicio de sus funciones. » O la persona que le prestare asistencia.</p> <p>Acción típica » La resistencia se caracteriza por la existencia de un acto funcional que se encuentra en curso de ejecución contra una persona, la cual se opone activamente a su cumplimiento. » La resistencia sólo es posible cuando el funcionario público o quien lo asiste ya están actuando. Antes de ello sólo es posible el delito de atentado a la autoridad. » En la resistencia el sujeto activo debe oponerse a un acto funcional que sea legal y no abusivo. » A pesar de que no surge expresamente del texto del art. 239, el autor debe resistirse empleando intimidación o fuerza. » Entre la desobediencia y la resistencia habría un camino en sentido ascendente: desobedece el que se niega a cumplir la orden impartida por la autoridad, y se resiste si lucha contra ella para que no pueda cumplir su cometido. La resistencia sería entonces una desobediencia activa.</p>
	Tipo subjetivo	<p>» Se trata de un delito doloso, que exige que el sujeto activo sepa que se resiste a un acto legítimo de la autoridad pública.</p> <p>» El autor debe obrar con la finalidad de impedir u obstaculizar la ejecución de un acto funcional por lo que sólo es posible el dolo directo.</p>
	Consumación y tentativa	<p>» La mayor parte de la doctrina entiende que se trata de un delito de peligro, que se consuma por el sólo hecho de utilizar fuerza o intimidación con la finalidad expresada, sin que importe si el autor efectivamente consigue la ejecución u omisión del acto.</p> <p>» La tentativa no resulta posible.</p>

ABUSO DE AUTORIDAD Y VIOLACIÓN DE LOS DEBERES DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

Si bien los delitos que se analizan a continuación tampoco constituyen en sí mismos actos de corrupción, no debe perderse de vista que los actos de corrupción implican necesariamente el incumplimiento de los deberes del funcionario público. Un incumplimiento realizado aisladamente puede formar parte de una maniobra más amplia destinada a afectar el patrimonio del Estado. Por ejemplo: la ausencia de control de la calidad de un bien adquirido por el Estado puede ser parte de una defraudación, si este bien es de valor o calidad inferior al comprado. Asimismo, muchas veces los delitos de corrupción involucran actos que constituyen supuestos de abuso de autoridad.

DELITO DE ABUSO DE AUTORIDAD

Artículo del Código Penal		<p>Art. 248: <i>Será reprimido con prisión de un mes a dos años e inhabilitación especial por doble tiempo, el funcionario público que dictare resoluciones u órdenes contrarias a las constituciones o leyes nacionales o provinciales o ejecutare las órdenes o resoluciones de esta clase existentes o no ejecutare las leyes cuyo cumplimiento le incumbiere.</i></p>	
Estructura típica	Tipo objetivo	Sujeto activo	<ul style="list-style-type: none"> » Funcionario público que actúa en el ejercicio de su cargo y dentro de la esfera de su competencia funcional. No todo funcionario puede incurrir en el delito de abuso de autoridad, sino sólo aquellos con competencia para realizar las acciones típicas.
		Sujeto pasivo	<ul style="list-style-type: none"> » Administración Pública, como titular del bien jurídico violado. » Un particular (persona física o jurídica), que puede asumir el rol de damnificado cuando el interés jurídico afectado le es propio.
		Acción típica	<ul style="list-style-type: none"> » Las figuras de abuso de autoridad previstas en el art. 248 son subsidiarias respecto a otros tipos penales que se estructuran sobre la base de un acto abusivo. » Existen tres modalidades de abuso de autoridad, dos de carácter comisivo y una de carácter omisivo. A saber: <ul style="list-style-type: none"> > Dictar resoluciones u órdenes contrarias a la Constitución o las leyes nacionales o provinciales. > Ejecutar órdenes contrarias a dichas disposiciones. > Omitir la ejecución de leyes cuyo cumplimiento le incumba.

		<ul style="list-style-type: none"> » El elemento central en las tres figuras típicas es el “abuso funcional”, esto es la utilización de la autoridad que se posee para violar la Constitución o las leyes. El funcionario realiza un mal empleo de la autoridad pública que legalmente posee. » El término leyes debe entenderse en sentido amplio, abarcando la Constitución Nacional y las constituciones provinciales, las leyes nacionales y provinciales, sus reglamentos y las ordenanzas municipales. » El denominado “retardo administrativo” queda comprendido en la figura típica omisiva porque “no ejecutar” abarca tanto los supuestos en los que no se ejecuta nunca la ley como aquellos supuestos en los que no se la ejecuta en la oportunidad en que debe hacerse.
	<p>Tipo subjetivo</p>	<ul style="list-style-type: none"> » Se trata de un delito que exige dolo directo.
<p>Consumación y tentativa</p>		<ul style="list-style-type: none"> » La consumación de éste delito no requiere la existencia de ningún daño o perjuicio. » El primer supuesto comisivo se consuma cuando se dicta la resolución, es decir cuando existe como acto administrativo o judicial válido, aún cuando no se encuentre firme. Asimismo se consuma cuando la orden se dicta por los medios formalmente idóneos para que sea acatada por su destinatario, independientemente de si éste la cumple o no. » El segundo supuesto comisivo se consuma cuando se efectiviza el contenido de la resolución o la orden dictada. » El supuesto omisivo se consuma cuando la ley no es ejecutada en el momento debido. » Se discute en la doctrina si es posible la tentativa en este delito. La mayoría sostiene que no es posible en el primer supuesto comisivo ni en el supuesto omisivo, por tratarse de actos unitarios, inescindibles en el tiempo. Por el contrario, el segundo supuesto comisivo si permitiría la tentativa porque la ejecución puede realizarse en varios pasos.

DELITO DE VIOLACIÓN DE LOS DEBERES DE FUNCIONARIO PÚBLICO

Artículo del Código Penal		<p>Art. 249: <i>Será reprimido con multa de pesos setecientos cincuenta a pesos doce mil quinientos e inhabilitación especial de un mes a un año, el funcionario público que ilegalmente omitiere, rehusare hacer o retardare algún acto de su oficio.</i></p>	
Estructura típica	Tipo objetivo	Sujeto activo	» Funcionario público en el ejercicio de su propia función.
		Sujeto pasivo	» El destinatario del acto: puede ser la Administración pública o un particular.
		Acción típica	<p>» El delito se configura mediante tres tipos de conductas omisivas:</p> <ul style="list-style-type: none"> » Omitir: el funcionario no lleva a cabo un acto que debe realizar de oficio. También puede considerarse omisión el supuesto en que el acto es llevado a cabo dolosamente de manera irregular. » Rehusar hacer: el funcionario no quiere llevar a cabo el acto en la oportunidad que corresponde, luego de haber sido requerido o interpelado por la parte interesada o por orden de la autoridad. » Retardar: el funcionario no realiza el acto en el tiempo legalmente estipulado. <p>» Lo que el funcionario omite es un "acto de su oficio", esto abarca los deberes o tareas administrativas propias del cargo o función que tienen carácter obligatorio.</p>
	Tipo subjetivo	<p>» Se trata de un delito doloso que exige dolo directo.</p> <p>» El funcionario debe saber que, pudiendo hacerlo, no cumple con un acto propio de su función cuando debe, y voluntariamente omite ese acto, lo retarda o rehusa hacerlo.</p>	
Consumación y tentativa		<p>» Este delito no exige un daño o lesión particular como consecuencia de la omisión del acto en cuestión.</p> <p>» Se consuma cuando el acto no es realizado en el momento debido.</p> <p>» No es posible la tentativa.</p>	
Otras cuestiones de interés		<p>» En la doctrina se ha intentado diferenciar este delito del supuesto omisivo previsto en el art. 248. En ese sentido se ha sostenido que el art. 249 tiene carácter supletorio, y se aplica sólo si se omite un acto que no está previsto en la ley o cuando estando previsto en la ley no se trata de un acto de autoridad sino de un deber o tarea administrativa propia del servicio que presta el funcionario.</p>	

ENCUBRIMIENTO

El delito de encubrimiento puede vincularse con actos de corrupción cuando a través de él se persigue el aprovechamiento u ocultación de bienes provenientes de delitos de corrupción.

Para que se configure el delito de encubrimiento es necesario que se den ciertos presupuestos. A saber:

- » **Comisión de un delito anterior:** debe tratarse de un delito conforme al Código Penal y las leyes complementarias y especiales. Quedan excluidas las faltas de naturaleza no penal. Puede tratarse de un delito doloso o culposo, y no importa si fue consumado o solo tentado.
- » **La intervención del sujeto activo debe ser posterior al delito que se encubre en el cual no debe haber participado:** la no participación en el hecho es un requisito ineludible para la configuración del delito de encubrimiento.
- » **Inexistencia de una promesa anterior:** la intervención del sujeto activo debe ser posterior al delito que se encubre pero si ha pactado la ayuda con anterioridad a la comisión del mismo queda excluido el delito de encubrimiento y se configura un caso de participación.

DELITO DE ENCUBRIMIENTO			
Artículo del Código Penal		<p>Art. 277.1: <i>Será reprimido con prisión de seis (6) meses a tres (3) años el que, tras la comisión de un delito ejecutado por otro, en el que no hubiera participado:</i></p> <p>a) <i>Ayudare a alguien a eludir las investigaciones de la autoridad o a sustraerse a la acción de ésta.</i></p> <p>b) <i>Ocultare, alterare o hiciere desaparecer los rastros, pruebas o instrumentos del delito, o ayudare al autor o partícipe a ocultarlos, alterarlos o hacerlos desaparecer.</i></p> <p>c) <i>Adquiriere, recibiere u ocultare dinero, cosas o efectos provenientes de un delito.</i></p> <p>d) <i>No denunciare la perpetración de un delito o no individualizare al autor o partícipe de un delito ya conocido, cuando estuviere obligado a promover la persecución penal de un delito de esa índole.</i></p> <p>e) <i>Asegurare o ayudare al autor o partícipe a asegurar el producto o provecho del delito.</i></p>	
Estructura típica	Tipo objetivo	Sujeto activo	<ul style="list-style-type: none"> » Cualquier persona. » La excepción es el supuesto previsto en el apartado d) dado que sólo podrán incurrir en lo allí previsto aquellas personas obligadas a promover la persecución penal de un delito. Este punto será desarrollado en la unidad 5.

	Acción típica	<ul style="list-style-type: none"> » En el caso del inciso a), la ayuda debe consistir en una acción material positiva. Es indiferente si se logra o no el fin buscado. » En el caso del inciso b), ocultar implica guardar, tapar, encubrir, impedir que se pueda saber la ubicación de la cosa, sustrayéndola a los sentidos o al conocimiento de quienes la buscan. Alterar significa modificar el objeto de forma tal que se dificulte su empleo por parte de la autoridad para determinar responsabilidades. Finalmente, hacer desaparecer consiste en suprimir por cualquier medio, por ejemplo quemar, borrar, evaporar, etc. » En el caso del inciso c), adquirir es obtener el objeto en propiedad o ejercer sobre él cualquier derecho real. Recibir significa tomar, admitir o aceptar pero sin adquirir la propiedad o derecho real alguno sobre el objeto. Finalmente, ocultar implica imposibilitar que el objeto sea localizado por terceros. » En el caso del inciso d), el sujeto activo debe haber tomado conocimiento de la comisión de un delito que él está obligado a denunciar, o debe estar interviniendo en una investigación en la que se intenta individualizar a los responsables de un delito. La obligación de denunciar debe tener origen legal. » En el caso del inciso e) se reprime la conducta de quien busca favorecer una situación futura que consiste en el disfrute de lo mal habido.
	Tipo subjetivo	<ul style="list-style-type: none"> » Todos los supuestos contemplados en el art. 277.1 son delitos dolosos. Sin embargo cabe mencionar que el art. 277.2 prevé un supuesto culposo que consiste en adquirir, recibir u ocultar dinero, cosas o efectos, si, de acuerdo con las circunstancias, el autor podía sospechar que provenían de un delito. En ese supuesto, es el actuar imprudente o negligente del autor, violatorio del deber de cuidado, lo que le impide advertir la proveniencia ilícita de la cosa o efecto.
Consumación y tentativa		<ul style="list-style-type: none"> » En el caso del inciso a), el encubrimiento se consuma con la sola prestación de la ayuda con la finalidad expresada en la norma, sin que importe si se logra o no el objetivo. No parece posible la tentativa en dicho supuesto, pero la doctrina no es pacífica al respecto. » En el caso de los incisos b) y e), el delito se consuma con la realización de las acciones típicas, sin que se requiera ningún resultado. Algunos autores sostienen que se trata de un delito de resultado y en consecuencia es necesario el logro del fin perseguido que consiste en la efectiva ocultación, alteración o desaparición de la cosa. » En el caso del inciso c), la adquisición se consuma en el momento que la cosa es entregada al adquirente o la persona encargada de transportarla. Ahora, si la acción consiste en recibir u ocultar, la consumación se dará cuando la cosa quede en poder del encubridor que decide recibirla u ocultarla.

Otras cuestiones de interés

- » En la segunda parte del art. 277, el Código Penal prevé algunas figuras agravadas de encubrimiento:
 - » Cuando el hecho precedente es un delito especialmente grave –aquel cuya pena mínima es superior a tres (3) años de prisión– por ejemplo, el supuesto de cohecho de magistrados.
 - » Cuando el autor actúa con ánimo de lucro, por ejemplo: un particular que encubre un acto de corrupción a cambio de una parte del producto de tal delito.
 - » Cuando el autor se dedica con habitualidad a la comisión de hechos de encubrimiento.
 - » Cuando el autor es funcionario público.

LAVADO DE DINERO

Se denomina lavado de dinero al proceso por el cual es encubierto el origen de fondos generados a través de actividades ilegales. Implica dar apariencia lícita al dinero obtenido de manera ilícita, ingresando dicho dinero al sistema económico legal o al sistema financiero.

El 1 de junio de 2011 y a fin de dar respuesta a las críticas y recomendaciones formuladas por el Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI) sobre el tratamiento de la temática de lavado de activos en nuestro país, el Congreso Nacional sancionó la ley 26.683, que reforma la ley 25.246 que era la que hasta ese momento regulaba todo lo relacionado con la materia.

Actualmente, las actividades ilegales vinculadas a la generación de ese dinero se encuentran mencionadas en el artículo 8 de la Ley 26.683. Entre ellas se destacan el tráfico de drogas, el contrabando de armas, la asociación ilícita, los actos de corrupción, la prostitución, el financiamiento del terrorismo, la extorsión, los delitos tributarios y la trata de personas. Como vemos su vinculación con los actos de corrupción resulta clara: los bienes obtenidos en forma ilegítima por un funcionario público no serían útiles si no pueden integrarse al sistema financiero de una manera que no genere sospechas sobre su origen.

A partir de la sanción de la nueva ley el tipo penal en cuestión deja de ser considerado como una forma de encubrimiento para convertirse en una figura totalmente autónoma. Respecto del bien jurídico lesionado por esta figura, si bien antes de la sanción de la ley 26.683 existía una gran controversia doctrinaria, ya que algunos entendían que se trataba de un delito contra la administración de justicia (por su tratamiento legislativo como una clase especial de encubrimiento) mientras otros afirmaban que era contra el orden socioeconómico, ella fue zanjada cuando la reforma en cuestión fue incorporada al Código Penal bajo el nuevo título de “Delitos contra el orden económico y financiero”. Con ello queda claro que lo que se entiende afectado por su comisión es la libre competencia y el correcto desarrollo del sistema socioeconómico.

Asimismo, con la sanción de la nueva ley comienza a ser punible el llamado “autolavado” y se deja en claro que no es necesario para su aplica-

ción la existencia de una condena penal previa por la comisión del delito precedente.⁴

En general, para delimitar la acción típica, se suele considerar en cuestiones de lavado de dinero, un proceso integrado por tres etapas (conforme Divito-D'Alessio, obra citada, pág. 928), a saber:

1. **Colocación:** consiste en la introducción del dinero en efectivo –producto del delito– en el circuito comercial o financiero, a través de pequeños montos que se depositan en entidades financieras utilizando identificaciones falsas o empresas fantasmas.
2. **Decantación o estratificación:** se trata de cortar la cadena de evidencias frente a posibles investigaciones sobre el origen del dinero. Esta etapa generalmente implica operaciones complejas tanto nacionales como internacionales.
3. **Integración:** consiste en la incorporación del dinero de manera formal al circuito económico, aparentando su origen como lícito.

⁴ En todo lo relativo a las nuevas acciones incorporadas por la ley 26.683, como las nuevas características de esta figura se tuvo especialmente en cuenta para el desarrollo de los contenidos del cuadro pertinente el artículo “La nueva ley de lavado de dinero” del Dr. Francisco J. D’Albora (h) publicado en el eDial.com – DC15F9, 10 de junio de 2011.

LAVADO DE DINERO PROVENIENTE DE UN DELITO

<p>Artículo del Código Penal</p>	<p>Art. 303: 1) <i>Será reprimido con prisión de tres a diez años y multa de dos a diez veces del monto de la operación, el que convirtiere, transfiriere, administrar, vendiere, gravare, disimulare o de cualquier otro modo pusiere en circulación en el mercado, bienes provenientes de un ilícito penal, con la consecuencia posible de que el origen de los bienes originarios o los subrogantes adquieran la apariencia de un origen lícito, y siempre que su valor supere la suma de pesos trescientos mil (\$ 300.000), sea en un solo acto o por la reiteración de hechos diversos vinculados entre sí.</i></p> <p>2) <i>La pena prevista en el inciso 1) será aumentada en un tercio del máximo y en la mitad del mínimo, en los siguientes casos:</i></p> <p>a) <i>cuando el autor realizare el hecho con habitualidad o como miembro de una asociación o banda formada para la comisión continuada de hechos de esta naturaleza;</i></p> <p>b) <i>cuando el autor fuera funcionario público que hubiera cometido el hecho en ejercicio u ocasión de sus funciones. En este caso, sufrirá además pena de inhabilitación especial de tres a diez años. La misma pena sufrirá el que hubiere actuado en ejercicio de una profesión u oficio que requirieran habilitación especial.</i></p> <p>3) <i>El que recibiere dinero u otros bienes provenientes de un ilícito penal, con el fin de hacerlos aplicar en una operación de las previstas en el inciso 1), que les dé la apariencia posible de un origen lícito, será reprimido con la pena de prisión de seis meses a tres años.</i></p> <p>4) <i>Si el valor de los bienes no superare la suma indicada en el inciso 1), el autor será reprimido con la pena de prisión de seis meses a tres años.</i></p> <p>5) <i>Las disposiciones de este artículo regirán aun cuando el ilícito penal precedente hubiera sido cometido fuera del ámbito de aplicación espacial de este Código, en tanto el hecho que lo tipificara también hubiera estado sancionado con pena en el lugar de su comisión.</i></p>	
<p>Estructura típica</p>	<p>Tipo objetivo</p>	<p>Sujeto activo » Cualquier persona. Antes de la reforma se exigía que no haya participado del delito anterior, pero dicha exigencia fue eliminada con la modificación de la norma por lo que hoy resulta punible por este tipo el denominado "autolavado".</p> <hr/> <p>Sujeto pasivo » No se advierte una exigencia especial respecto del sujeto pasivo.</p> <hr/> <p>Acción típica Este delito prevé dos tipos básicos, a saber:</p> <p>1. Lavado de activos en sentido estricto (inc.1); aquí se introdujeron diversas acciones a modo de ejemplos, aunque todas ellas se dirigen disimular una operación ilegal y a lograr la disposición de los bienes en la economía legal.</p> <p>Convertir: se trata de la transformación del bien de origen ilícito en otro de distinta naturaleza.</p> <p>Transferir: una postura entiende que transferir abarca por un lado, la cesión de un bien a un tercero, y por el otro, la acción de trasladarlo de un lugar a otro. Otra postura por el contrario, entiende que sólo comprende la cesión de derechos y no el simple traslado de un lado a otro, ya que la si-</p>

mulación del origen lícito requiere de una operación jurídica aparente.

Administrar: hace referencia a tener el gobierno y la dirección de los bienes de origen espurio, lo que conlleva una gran cantidad de actos, aunque aquí estarían incluidos sólo aquellos actos que impliquen el ejercicio de la facultad de disposición.

Vender: significa transferir el bien a título oneroso.

Gravar: implica imponer sobre el bien de origen ilícito un derecho real de garantía.

Disimular: abarca tanto el encubrir, ocultar, disfrazar una cosa, darle una apariencia distinta de la que tiene realmente como también el desentenderse del conocimiento de una cosa o tolerar o disculpar un desorden no dándole importancia.

De cualquier otro modo pusiese en circulación: se refiere a aquellas conductas que no estando abarcadas por los verbos enunciados precedentemente pueden ser utilizadas por el sujeto para dar a los bienes de origen espurio apariencia lícita.

- 2. Emprendimiento (inc.3):** contempla lo que la doctrina penal denomina “receptación intermedia” o “en tránsito”, esto es tomar o hacerse cargo del dinero o de los bienes de origen ilícito con el fin de aplicarlos en una operación de las enunciadas en el inc. 1, más no en adquirirlos, es decir que todavía no ocurrió el acto de lavado, razón por la cual lo que se pena es un acto preparatorio del futuro lavado.

En ambos casos el objeto material del art. 303 del CP se encuentra integrado por bienes provenientes de un ilícito penal. Se entiende que el término bienes debe ser interpretado en sentido amplio abarcando cualquier bien que pueda ser producido u obtenido como consecuencia de un ilícito. Asimismo, se refiere a cualquier ilícito penal, y no sólo a los de cierta gravedad que en general se relacionan con esta figura como los vinculados al narcotráfico, el terrorismo, la corrupción, la trata de personas, etc.

Cabe destacar también que con anterioridad a la reforma se exigía que el objeto de la acción sean los bienes provenientes de un delito, con lo que se discutía doctrinariamente la necesidad de que exista una condena penal firme por el hecho precedente. Al ser remplazado dicho vocablo por el término ilícito, quedó en claro que no es necesaria la sentencia condenatoria sino sólo la existencia de un injusto penal (acción típica y antijurídica).

El inc. 1 exige asimismo que el valor de los bienes (sean originarios o subsidiarios) con apariencia de origen lícito superen los \$300.000, sea que esa suma se alcance en un solo acto o por la reiteración de hechos diversos vinculados entre sí. En caso contrario la conducta quedará subsumida en el inc. 4 que disminuye la escala penal estableciéndola entre 6 meses y tres años de prisión.

	<p>Tipo subjetivo</p>	<ul style="list-style-type: none"> » Se trata de un delito doloso. El agente debe saber que con su acción está poniendo en circulación en el mercado bienes de origen ilícito, y debe querer hacerlo. » Respecto del aspecto volitivo del dolo, la mayoría de los autores entienden que puede ser tanto directo, indirecto como eventual, tanto en la figura de receptación como el lavado en sentido estricto. » Algunos autores afirman que el tipo exige un elemento subjetivo distinto del dolo, una ultra intención que guía la conducta del autor hacia un fin concreto (la de otorgar apariencia de legalidad a bienes de origen ilícito). » Otros entienden que este elemento subjetivo distinto al dolo lo vemos sólo en la figura del inc. 3, cuando se establece que se incurrirá en ese tipo cuando se reciba dinero o otros bienes de origen delictivo "...con el fin de hacerlos aplicar en una operación de las previstas en el inc. 1)". » Antes de la reforma se contemplaba la figura culposa pero con la nueva legislación se eliminó ese tipo penal.
<p>Consumación y tentativa</p>		<ul style="list-style-type: none"> » Se configura desde el momento en que se llevan a cabo cualquiera de las acciones típicas. » Respecto de la tentativa, parte de la doctrina admite la tentativa, situación que podría configurar a la vez el delito de emprendimiento (inc.3), debiendo resolverse la cuestión por las reglas del concurso aparente.
<p>Otras cuestiones de interés</p>		<ul style="list-style-type: none"> » El art. 303 inc. 2 prevé las agravantes de la figura básica. En efecto establece que se incrementará de un tercio a la mitad la pena cuando: <ul style="list-style-type: none"> a) se realice con habitualidad o como miembro de una asociación o banda formada para la comisión de este tipo de delitos. La habitualidad requiere cierta permanencia en la actividad y se revela por la continuidad de dicha actividad en el tiempo. La banda o asociación requiere una pluralidad de personas (por lo general se entiende que más de tres por la relación con lo previsto en el art. 210 del CP) que se hayan unido con miras a delinquir y con ánimo de permanencia. Parece que el fundamento de la agravante en estos casos se vincula a la idea de que corresponde una sanción más severa a aquellos que no incurrieron mediante un acto aislado en la conducta típica, sino que hacen de su ejercicio su medio de vida. b) cuando el hecho fuera cometido en el ejercicio u ocasión de la función pública o profesión u oficio que requieran habilitación especial. En estos casos se prevé también en forma conjunta a la de prisión, la pena de inhabilitación. La justificación parecería estar en el abuso de una posición de privilegio, en tanto ella sea efectivamente aprovechada para cometer el hecho o procurar impunidad, y se extiende al ámbito privado y público. » El inc. 5) por su parte reconoce el carácter transnacional de la problemática del lavado de activos estableciendo la posibilidad de que el ilícito precedente, del que se originaron los bienes a lavar, haya sido perpetrado en otro país. » El art. 304 del CP contempla la posibilidad de establecer sanciones especiales para las correspondientes entidades en los supuestos en

los que alguna de las conductas previstas en el art. 303 se hubiese realizado en nombre, con la intervención o en beneficio de una persona jurídica. Entre ellas se encuentran las multas, suspensión de actividades, de beneficios, de participación en contrataciones y cancelación de la personería. Asimismo, se señalan las pautas que debe tener en cuenta el magistrado para graduar su imposición.

- » El art. 305 del CP contempla la posibilidad de que el juez dicte las medidas cautelares suficientes para asegurar la custodia, administración, conservación, ejecución y disposición de los bienes que sean instrumento, producto, provecho o efectos relacionados con los delitos previstos en los arts. precedentes. También se prevé, en el marco de operaciones de lavado de activos, la posibilidad de decomiso definitivo de los bienes sin necesidad de condena penal para los casos en que se hubiera podido comprobar la ilicitud de su origen, del hecho al que estuvieran vinculados, y el imputado no pudiera ser enjuiciado por fallecimiento, fuga, prescripción o cualquier otra causa de suspensión o extinción de la acción penal, o cuando el imputado hubiese reconocido la procedencia o uso ilícito de los bienes. Los bienes decomisados, serán destinados, según la norma a reparar los daños ocasionados a la sociedad, a la víctimas en particular o al Estado.

ASOCIACIÓN ILÍCITA

Esta figura es muy importante en escenarios de corrupción sistémica, en particular si se trata de una asociación integrada por uno o más funcionarios públicos con el objetivo de cometer una pluralidad de delitos de corrupción.

DELITO DE ASOCIACION ILICITA

Artículo del Código Penal		Art. 210: <i>Será reprimido con prisión o reclusión de tres a diez años, el que tomare parte en una asociación o banda de tres o más personas destinada a cometer delitos por el solo hecho de ser miembro de la asociación. Para los jefes u organizadores de la asociación el mínimo de la pena será de cinco años de prisión o reclusión. (Nota: texto conforme Leyes N° 20.509 y N° 20.642).</i>	
Estructura típica	Tipo objetivo	Sujeto activo	» Cualquier persona.
		Sujeto pasivo	» Dado que el bien jurídico protegido es el orden público, no aparece en forma directa el sujeto pasivo en este delito, sino en forma indirecta como integrante del orden social lesionado, no existiendo una exigencia especial al respecto.

		<p>Acción típica</p> <ul style="list-style-type: none"> » Tomar parte de una asociación o banda dedicada a cometer delitos, que esté integrada por un mínimo de tres personas y que entre ellas exista un acuerdo, explícito o implícito, de asociarse para delinquir. » Debe existir una relativa permanencia del acuerdo entre los integrantes de la banda. La convergencia transitoria entre ellos para la comisión de uno o más hechos delictivos no es suficiente para constituir una asociación ilícita. Se estará en el ámbito de la participación criminal. La permanencia se verifica en relación a las necesidades de la organización para llevar a cabo los delitos que la banda tiene como objetivo y no a una cuestión temporal. » No es necesario una actividad material, basta con estar de acuerdo intelectualmente en el concierto delictivo que se forma o al que se une. » No es necesario el trato directo entre los integrantes de la banda, ni que se conozcan entre sí. Es suficiente con que cada uno sepa que integra tal asociación. En tales casos, necesariamente deberán existir uno o más jefes que coordinen la actuación de los integrantes. El Código Penal prevé penas agravadas para los jefes u organizadores de la banda.
	<p>Tipo subjetivo</p>	<ul style="list-style-type: none"> » Se trata de un delito doloso y algunos autores exigen el conocimiento del mínimo de integrantes exigido por la ley. El dolo se construye con la voluntad de ligarse por el pacto. La mayoría de los autores sostienen que el tipo exige dolo directo.
<p>Consumación y tentativa</p>		<ul style="list-style-type: none"> » El delito se consume con el mero acuerdo de voluntades y no se requiere que se concrete ni se intente la comisión de otros delitos. No se admite tentativa.
<p>Otras cuestiones de interés</p>		<ul style="list-style-type: none"> » Al tratarse de un delito permanente, el lapso de existencia dentro de la asociación rige para cada autor separadamente (la acción cesa para cada uno en el momento en que deja de ser parte del grupo). » Se agrava la pena para los jefes u organizadores de la asociación.

OMISIÓN DE PRESENTAR DECLARACIÓN JURADA PATRIMONIAL Y FALSEDAD U OMISIÓN EN LA INSERCIÓN DE DATOS

Estos delitos lesionan la transparencia en el ejercicio de la función pública y están estrechamente vinculados con el delito de enriquecimiento ilícito. La obligación de los funcionarios públicos de presentar declaraciones juradas, se encuentra dirigida a crear un requisito objetivo para establecer o intentar establecer si el patrimonio del funcionario ha variado en forma desproporcionada desde su ingreso a la administración pública. Estos delitos atentan contra este medio legal de controlar las variaciones de los patrimonios de los funcionarios públicos.

DELITO DE OMISION MALICIOSA DE PRESENTAR DECLARACIONES JURADAS PATRIMONIALES

Artículo del Código Penal		<p>Art. 268 (párrs.1 y 2): <i>Será reprimido con prisión de quince días a dos años e inhabilitación especial perpetua el que, en razón de su cargo, estuviere obligado por ley a presentar una declaración jurada patrimonial y omitiere maliciosamente hacerlo. El delito se configurará cuando mediando notificación fehaciente de la intimación respectiva, el sujeto obligado no hubiere dado cumplimiento a los deberes aludidos dentro de los plazos que fije la ley cuya aplicación corresponda. En la misma pena incurrirá el que maliciosamente, falseare u omitiere insertar los datos que las referidas declaraciones juradas deban contener de conformidad con las leyes y reglamentos aplicables. (Nota: texto según Ley 25.188).</i></p>	
Estructura típica	Tipo objetivo	Sujeto activo	<p>» Todo funcionario en actividad o toda persona que ha dejado de ser funcionario pero que de todas formas se encuentra obligada a presentar declaraciones juradas patrimoniales, conforme las leyes pertinentes. En el orden nacional, se encuentran mencionados en el art. 5 de la Ley 25188.</p>
		Sujeto pasivo	<p>» La administración pública, conforme la mayoría de la doctrina.</p>
		Omisión	<p>» Situación típica: cada oportunidad que deba presentar la declaración jurada patrimonial de acuerdo al régimen aplicable. Según la ley mencionada ello se produce respecto de los funcionarios públicos nacionales una vez que la autoridad competente ha intimado al sujeto a presentarla dentro del plazo de 15 días (arts. 8 y 9) y éste no lo haya hecho en el plazo correspondiente.</p> <p>» Omisión: no presentar declaración jurada dentro del plazo mencionado o conducta distinta a la debida.</p> <p>» El funcionario no debe encontrarse imposibilitado de presentar la declaración jurada.</p>
	Tipo subjetivo	<p>» Se trata de un delito doloso en el que el tipo exige malicia. La mayoría de la doctrina entiende que ello significa, dolo directo, intención deliberada de no presentarlo; y un elemento subjetivo adicional al dolo, la intención de inducir a error sobre la situación patrimonial que refleja la declaración jurada (malicia).</p>	
Consumación y tentativa		<p>» Se consuma cuando se vence el plazo de presentación de la declaración y estando intimado, se omitió hacerlo. No se admite tentativa.</p>	

DELITO DE INSERCIÓN DE DATOS FALSOS Y OMISION DE INSERTAR DATOS EN LA DECLARACIÓN JURADA PATRIMONIAL

Artículo del Código Penal		<p>Art. 268 (párrs. 3): <i>Será reprimido con prisión de quince días a dos años e inhabilitación especial perpetua el que, en razón de su cargo, estuviere obligado por ley a presentar una declaración jurada patrimonial y omitiere maliciosamente hacerlo. El delito se configurará cuando mediando notificación fehaciente de la intimación respectiva, el sujeto obligado no hubiere dado cumplimiento a los deberes aludidos dentro de los plazos que fije la ley cuya aplicación corresponda. En la misma pena incurrirá el que maliciosamente, falseare u omitiere insertar los datos que las referidas declaraciones juradas deban contener de conformidad con las leyes y reglamentos aplicables. (Nota: texto según Ley 25.188)</i></p>	
Estructura típica	Tipo objetivo	Sujeto activo	» Todo funcionario en actividad o toda persona que ha dejado de ser funcionario pero que de todas formas se encuentra obligada a presentar declaraciones juradas patrimoniales, conforme las leyes pertinentes. En el orden nacional, se encuentran mencionados en el art. 5 de la Ley 25188.
		Sujeto pasivo	» La administración pública, conforme la mayoría de la doctrina.
		Acción típica y omisión	» El tipo prevé la presentación de una declaración patrimonial que no concuerde con la situación patrimonial real, puede realizarse mediante acción positiva, insertar datos no verdaderos, o por vía de la omisión, no incluyendo datos reales. La falsedad puede ser total o parcial.
	Tipo subjetivo	» Se trata de un delito doloso en el que también se exige malicia.	
Consumación y tentativa		» Se consuma cuando se presenta la declaración jurada con los datos falsos u omitidos. No se admite tentativa.	

BIBLIOGRAFÍA UTILIZADA EN ESTE CAPÍTULO:

- BUOMPADRE, J. E., en *Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, Dirección: David BAIGÚN y Eugenio R. ZAFFARONI, tomo 10, Buenos Aires, Editorial Hammurabi, 1ª Ed., 2011.
- CREUS, C., *Derecho Penal, Parte Especial*, Buenos Aires, Ed. Astrea, 2ª reimpresión, tomo II, 6º Ed., 1999.
- DONNA, E. A., *Delitos contra la administración pública*, Buenos Aires, Ed. Rubinzal Culzoni, 1ª Ed., 2002.
- D'ALBORA, FRANCISCO (H), *La nueva ley de lavado de dinero publicado en el Dial.com - DC15F9*, 10 de junio de 2011.
- D'ALESSIO, A. J., *Código Penal Comentado y Anotado. Parte Especial. Artículos 79 a 306*, Buenos Aires, La Ley, 1º Ed., 2004.
- ORSI, O., *Lavado de dinero de origen delictivo*, Ed. Hammurabi, 2007.

5

CAPÍTULO 5 » **LA OBLIGACIÓN DE DENUNCIAR
DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS**



INTRODUCCIÓN

La obligación de denunciar impuesta a los funcionarios públicos constituye una herramienta esencial de la lucha contra la corrupción cuando los hechos se relacionan con acciones cometidas por otros funcionarios públicos.

A pesar de que existe un sistema de sanciones para el funcionario reticente a denunciar, la importancia de este principio trasciende lo estrictamente punitivo.

La CCIC lo establece en el primer lugar de las medidas preventivas (art. III, inc. 1) y la convención de Naciones Unidas lo trata dentro del capítulo II de medidas preventivas (concretamente en el artículo 8, inc. 4) dedicado a los contenidos básicos del código de conductas.

Desde esta perspectiva, tiene una importancia preventiva tan relevante como el sistema de declaraciones juradas o los mecanismos para prevenir conflictos de intereses. No sólo se pretende limitar las posibilidades de que se produzcan hechos corruptos, también se persigue que si ellos ocurren ningún funcionario del entorno sea indiferente a lo que hace otro funcionario, ya sea éste de menor, igual o superior jerarquía.

Para que alcance su mayor nivel de operatividad, esta obligación debe ir acompañada de un sistema de protección a denunciante que ponga a resguardo a quien denuncia de toda represalia en su seguridad física, económica y laboral, como ya se señaló y desarrolló en el capítulo I de esta obra.

Por esto, consideramos importante hacer una referencia específica a la obligación de los funcionarios de denunciar delitos de acción pública, y en particular actos de corrupción que constituyen delitos de acción pública, y la problemática referida al tipo penal en que incurriría el funcionario que violentara este deber legal.

LA OBLIGACIÓN DE DENUNCIAR: CUANDO SURGE Y COMO CUMPLIRLA

El art. 177 del Código Procesal Penal de la Nación, establece claramente la obligación de los funcionarios o empleados públicos de denunciar todo delito perseguible de oficio, siempre que los conozcan en el ejercicio de sus funciones (inc. 1). Cabe señalar que todos los códigos procesales provinciales tiene una norma similar a la federal.

Respecto al concepto de funcionario y empleado público nos remitimos a lo señalado en el capítulo 3.

Delitos perseguibles de oficio son los denominados delitos de acción pública, cuya definición surge de los artículos 71, 72 y 73 del C.P¹. En virtud

¹ Art. 71 del C.P. "Deberán iniciarse de oficio todas las acciones penales, con excepción de

de esos artículos, podemos señalar que tanto los actos de corrupción tipificados en nuestro ordenamiento legal, como los delitos vinculados con ellos señalados en el capítulo 4, son delitos de acción pública.

En consecuencia, surge en forma clara la obligación de todo funcionario que tuviera conocimiento de esos delitos en el ejercicio de sus funciones, de denunciarlos ante la autoridad competente.

Para que exista la obligación se considera que deben darse dos requisitos en forma simultánea: 1 relación de conexidad entre el hecho considerado ilícito; y la función pública del sujeto.²

En la órbita nacional, el Decreto 1162/2000, reglamentó esta obligación. En el art. 1ro. se estableció que los funcionarios y empleados comprendidos en lo previsto en el art. 177 del CPPN, cumplirán su deber poniendo a la Oficina Anticorrupción del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos en conocimiento de los hechos y/o pruebas que fundamenten la presunción de la comisión de un delito perseguible de oficio, cometido en el ámbito de la Administración Pública Nacional centralizada y descentralizada, empresas y sociedades y todo ente público o privado con participación del Estado o que tenga como principal fuente de recurso el aporte estatal.

Se exceptúan los casos de flagrancia y en los que la demora de la denuncia por ante la autoridad competente (Policía, Ministerio Público o Jueces) pudiera provocar la desaparición o pérdida de elementos de prueba.

Respecto de los delitos que no fueran objeto de investigación por la Oficina Anticorrupción, los funcionarios o empleados públicos deberán denunciarlos ante el Juez, el Agente Fiscal o ante la Policía (art. 2 del mencionado decreto).

CONSECUENCIAS DEL INCUMPLIMIENTO: TIPOS PENALES INVOLUCRADOS

Ahora bien, el funcionario que violara esta obligación, más allá de las san-

las siguientes; 1° Las que dependieran de acción privada; 2° Las acciones privadas”.

Art. 72 del C.P. “Son acciones dependientes de instancia privada las que nacen de los siguientes delitos:1) Los previstos en los artículos 119,120 y 130 del Código Penal, cuando no resultare la muerte de la persona ofendida o lesiones de las mencionadas en el artículo 91. Lesiones leves sean dolosas y culposas. Si embargo, en los casos de este inciso se procederá de oficio cuando mediaren razones de seguridad o interés público. 3° Impedimento de contacto de los hijos menores con sus padres no convivientes. En los casos de este artículo, no se procederá a formar causa sino por acusación o denuncia del agraviado, de su tutor, guardador o representantes legales. Sin embargo, se procederá de oficio cuando el delito fuere cometido contra un menor que no tenga padres, tutor ni guardador, o que lo fuere por uno de sus ascendientes, tutor o guardador...”.

Art. 73 del C.P. “Son acciones que nacen de acciones privadas las que nacen de los siguientes delitos: 1-Calumnias e injurias.2-Violación de secretos, salvo en los casos de los artículos 154 y 157.3-Concurrencia desleal, prevista en el artículo 159. 4. Incumplimiento de los deberes de asistencia familiar, cuando la víctima fuera el conyugue...”.

² Ese deber no existe cuando el funcionario tiene el convencimiento de que la conducta que conoce no constituye delito o cuando no tomó conocimiento de ella por sí mismo sino a través de otro (CCC, Sala VI, JA, 1989-I-751).

ciones administrativas que le pudieran corresponder, incurrirá conforme nuestra legislación en un delito de acción pública. Respecto de qué delito se configuraría en este supuesto, esta dependencia dejó en claro su posición en diversos procesos penales e inclusive mediante la Resolución N°89/03 DIOA, advirtiendo que el funcionario o empleado público que no cumpliera con la obligación legal de denunciar cometerá el delito de encubrimiento prevista por el artículo 277, artículo 1º, inciso d) del CPN, agravada en virtud de lo dispuesto en el artículo 279 inc.3 del Código Penal, tomando en consideración la reforma que efectuara a este tipo penal la Ley 25.246.

Recordemos que el artículo mencionado disponía originalmente: *Será reprimido con prisión de seis (6) meses a tres (3) años el que, ayudare a alguien a eludir las investigaciones de la autoridad o a sustraerse a la acción de está, u omitiere denunciar el hecho estando obligado a hacerlo.* (el resaltado nos pertenece).

La Ley 25.246, publicada en el boletín oficial el 11 de mayo del año 2000, tal como se sostuvo en las unidades anteriores, penalizó nuevas conductas vinculadas al “lavado de activos de origen ilícito” modificando prácticamente todas las formas de encubrimiento. En virtud de ello, el Capítulo XIII del Código Penal se denomina actualmente “Encubrimiento y Lavado de dinero”.

La nueva redacción de este artículo dispone: *Será reprimido con prisión de seis (6) meses a tres (3) años el que, tras la comisión de un delito ejecutado por otro, en el que no hubiera participado:...d) No denunciare la perpetración de un delito o no individualizare al autor o partícipe de un delito ya conocido, cuando estuviere obligado a promover la persecución penal de un delito de esa índole.* (el resaltado nos pertenece).

Entendemos que esta nueva redacción no ha modificado sustancialmente la prohibición establecida en su anterior redacción. Para llegar a esa conclusión, debemos interpretar el significado de “cuando estuviere obligado a promover la persecución penal de un delito”.

A nuestro juicio, esta frase incorporada por el nuevo art. 277 no tiene el sentido que el art. 120º de la Constitución Nacional le asigna a la frase “promover la acción de la justicia”. En efecto, cuando esta norma constitucional se refiere a que el Ministerio Público tiene por función promover la actuación de la justicia alude a la función de instar la acción penal, es decir, requerir la administración de justicia cuando considera que el hecho denunciado constituye delito y que, en el caso, se pueda proceder a investigar (art. 180 del CPPN). Ello con el objetivo de evitar que la finalidad de persecución o de impulso de un proceso penal se confunda con la actividad de juzgar y decidir en el caso concreto, propia de los jueces y asegurar de esta manera la imparcialidad de estos últimos.

Siguiendo este razonamiento, el representante del Ministerio Público que faltare a esta obligación, dejando de “promover la persecución penal”

³ “El Ministerio Público es un órgano independiente con autonomía funcional y autarquía financiera, que tiene por función promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad, de los intereses generales de la sociedad, en coordinación con las demás autoridades de la República...”. Art. 120 de la Constitución Nacional.

será autor del delito previsto en el art. 274 del CP⁴ El sentido que esta norma le asigna al término de “promover” se corresponde con el establecido en el art. 120 de la Constitución Nacional.

En esas condiciones, “una interpretación que pretendiese identificar la conducta del art. 277, inc. 1, con la conducta del art. 274 del CP –que requiere de una actividad más compleja que un simple poner en conocimiento– no sólo implicaría que dos normas sancionen penalmente la misma conducta, en contra de los principios de interpretación establecidos en innumerables oportunidades por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Fallos 285:322; 287:79; 288:416; 292:271; 297:142; 300:1080, 307:2053); sino que además la prevista en el art. 177 del CPPN quedaría huérfana de consecuencias jurídicas en tanto la omisión del funcionario público de denunciar, entendida ésta como un simple poner en conocimiento de la justicia hechos delictivos, carecería de una sanción penal específica –tégase presente que subsidiariamente correspondería la sanción del art.248 del CP–”.⁵

La interpretación sostenida por esta dependencia, tal como lo señalan D’Alessio y Divito, impide la confusión que puede existir entre estos dos delitos, ya que interpretar el nuevo art. 277 como un delito restringido a los funcionarios del Ministerio Público o a los funcionarios policiales en su función preventiva, implicaría suponer dos delitos con el mismo alcance, lo que implicaría una redundancia, y sería contrario a la coherencia que debe regir la interpretación sistemática de las normas penales contenidas en una unidad legislativa como es un código. De esta manera se evita una interpretación que afirme la existencia de una inconsecuencia por parte del legislador y se logra armonizar la nueva figura penal con el resto del Código Penal.⁶

Así, se debe asignar a la palabra “promover”, dos sentidos diferentes. Por un lado, el sentido de “instar”, “requerir” o “perseguir” la acción penal cuya omisión se encuentra reprimida en el art. 274 del Código Penal y, por el otro lado, el de “iniciar”, “tomar la iniciativa” o procurar (Conf. Diccionario de la Lengua Española, Real Academia Española, 1992) esa instancia, ese requerimiento o esa persecución penal, cuya omisión se encuentra reprimida en el inc. 1 del art. 277 de ese cuerpo normativo.

Esta interpretación del art. 277 se corresponde, además, con su mismo contenido en tanto se tipifica penalmente la conducta de quien no denuncia la perpetración de un delito o no individualiza al autor o partícipe.

Es importante señalar que cumplir estas actividades no son exactamente las obligaciones que incumben a los representantes del Ministerio Público. Los Fiscales tienen como función requerir la instrucción (art. 180 del CPPN), dirigir la investigación (art. 196 del CPPN) o, en todo caso, recibir denuncias (art. 181 del CPPN), pero no simplemente formular una denuncia desentendiéndose de su contenido o verosimilitud. Su actividad

⁴ “El funcionario público, que faltando a la obligación de su cargo, dejare de promover la persecución y la represión de los delincuentes, será reprimido con inhabilitación absoluta de seis años a dos años, a menos que pruebe que su omisión provino de un inconveniente insuperable”, art. 274 del CP.

⁵ Resolución OA/DI/ N° 89/03, página 5.

⁶ D’ALESSIO, A. y DIVITO, M., obra citada, pág. 909/910.

revela una tarea más compleja que un simple poner en conocimiento hechos delictivos en tanto debe evaluar el carácter delictivo de la imputación y las posibilidades para llevar adelante esa investigación (art. 180 del CPPN) o recabar pruebas para acreditar la veracidad de una denuncia. Sus actividades no deben confundirse.

Debe tenerse en cuenta que el análisis del hecho que debe realizar el sujeto obligado a denunciar no supera el conocimiento que pudiera obtener en su condición de funcionario o empleado público en el ejercicio de sus funciones, conforme lo dispone el art. 177 del CPPN que fija la obligación de denunciar, en concordancia con el art. 277, inc. 1 del CP. No se le exige a este sujeto una evaluación técnica del carácter delictivo de la imputación, de las condiciones de autoría y de las posibilidades para llevar adelante la investigación.

Esta postura, también sostenida por D'Alessio y Divito⁷, entiende que el concepto de promover la acción penal incluye la actividad de denunciar, toda vez que la interpretación contraria haría inaplicable la agravante prevista por el inciso 3º del artículo 279 del CPPN. Por otro lado, agregan que ciertos sujetos que no son funcionarios públicos y que se encuentran obligados a denunciar, pueden cometer la conducta perseguida por el art. 277 inc. 1 d (escribanos, contadores, etc.).

Por último, cabe destacar que la reforma efectuada por la Ley 25.246 tuvo como objetivo incorporar la figura “de lavado de activos de origen ilícito”, y por ello ampliar el ejercicio del poder punitivo a estas figuras modificando todas las formas de encubrimiento. Por ello, no resulta razonable interpretar que esa reforma trajo como consecuencia despenalizar la omisión del funcionario público de denunciar hechos ilícitos cuando estuviera obligado a hacerlo.

La interpretación que aquí se sostiene es la más apta para darle vigencia a los compromisos internacionales asumidos por nuestra Nación al suscribir las convenciones internacionales que han sido mencionadas al principio de este capítulo y fortalecer a esta herramienta de lucha contra la corrupción, sacando al funcionario público de una situación de espectador de lo que pasa a su alrededor y colocándolo en protagonista, por imperio de la ley, de lo que observa, conoce y debe denunciar.

Asimismo, cabe mencionar que esta figura exige la presencia de dolo, por lo tanto la falta de denuncia por una actitud negligente del funcionario público no daría lugar a este delito, aunque se pueda incurrir en el delito previsto en el art. 262 del Código Penal, si se dan todos los requisitos previsto en ese tipo penal. Esto, sin perjuicio de las eventuales sanciones administrativas que pudieran corresponder.

Por todo lo expuesto, a criterio de esta Oficina, la nueva redacción del art. 277 inc. 1 del CP, de ninguna manera debe limitar la obligación (de conformidad con lo previsto en el 177 del CPPN) a los funcionarios del ministerio público o autoridades policiales en su función de prevención.⁸

⁷ Ver obra citada, pág. 909/910.

⁸ En sentido contrario la Sala III de la Cámara Nacional de la Casación Penal, en la causa Alderete Víctor s/rec. casación del 27/11/2001, sostuvo que la actual redacción del art. 277 inc.1 d, exige para su configuración que el funcionario en cuestión sea al

BIBLIOGRAFÍA UTILIZADA EN ESTE CAPÍTULO

D'ALESSIO, A. J., *Código Penal Comentado y Anotado. Parte Especial. Artículos 79 a 306*, 1º Ed. , Buenos Aires, La Ley, 2004.

DARAY, R. R., NAVARRO, G. R., *Código Procesal Penal de la Nación, Análisis doctrinal y jurisprudencial*, 1er. tomo, 2da. edición, Buenos Aires, Hammurabi, 2006.

obligado a promover la persecución legal y no sólo el obligado a denunciar la comisión de un ilícito; por lo tanto se trata de un delito de sujeto activo especial cuyo ámbito de posible autores se circunscribe a los funcionarios públicos del Ministerio Público Fiscal, a los de las fuerzas del orden en su tarea preventiva y, en su caso, a los jueces cuando lo prevén los códigos adjetivos locales. Por ello, también sostuvieron que el agente que incumple con su obligación de denunciar un ilícito del que tomó conocimiento comete el delito de incumplimiento de los deberes de funcionario público (art. 248 del CP).

ANEXO I: RESOLUCIÓN OA/DI/89 DEL 2003

Resolución OA/DI Nro 89/03

Buenos Aires, 3 de marzo de 2003.

Visto y Considerando que:

I.

En el art. II de la Convención Interamericana contra la Corrupción, los Estados Partes convinieron en considerar la aplicabilidad de medidas y sistemas que exijan a los funcionarios públicos informar a las autoridades competentes sobre los actos de corrupción en la función pública de los que tuvieran conocimiento. Por otro lado, el art. VI, inc. 1 c), de la Convención Interamericana calificó como acto de corrupción la “realización por parte de un funcionario público o una persona que ejerza funciones públicas de cualquier acto u omisión en el ejercicio de sus funciones, con el fin de obtener ilícitamente beneficios para sí mismo o para un tercero”.

Recientemente, en la versión plenaria del 13 de febrero de 2003, el Comité de Expertos del Mecanismo de Seguimiento de la Implementación de la mencionada Convención recomendó “fortalecer los mecanismos con que cuenta la República Argentina para exigir a los funcionarios públicos denunciar a las autoridades competentes sobre los actos de corrupción en la función pública de los que tuvieran conocimiento”.

En ese marco, corresponde analizar la actual redacción de la figura de omisión de denuncia prevista en el art. 277, inc. 1º, apartado d) del Código Penal que castiga la conducta de quien “no denunciare la perpetración de un delito o no individualizare al autor o participe de un delito ya conocido, cuando estuviere obligado a promover la persecución penal de un delito de esa índole”. Ello a fin de determinar si esta redacción se ajusta a los compromisos internacionales asumidos por la República Argentina.

II.

La anterior redacción del art. 277, inciso 1º, del Código Penal reprimía la conducta de quien, sin promesa anterior al delito y después de su ejecución, ayudare a alguien a eludir las investigaciones de la autoridad o a sustraerse a la acción de ésta, u **omitiere denunciar el hecho estando obligado a hacerlo**. La figura prevista en la última parte de este inciso se conoció bajo el nombre de “omisión de denuncia”.

La ley 25.246 publicada en el Boletín Oficial con fecha 10 de mayo de 2000 modificó la redacción de este inciso y estableció una pena de prisión de 6 meses a 3 años para el que, tras la comisión de un delito ejecutado

por otro, en el que no hubiera participado: a) ayudare a alguien a eludir las investigaciones de la autoridad o a sustraerse a la acción de ésta; b) ocultare, alterare o hiciere desaparecer los rastros, pruebas o instrumentos del delito o ayudare al autor o partícipe a ocultarlos, alterarlos o hacerlos desaparecer; c) adquiriere, recibiere u ocultare dinero, cosas o efectos provenientes de un delito; d) no denunciare la perpetración de un delito o no individualizare al autor o partícipe de un delito ya conocido, cuando estuviere obligado a promover la persecución penal de un delito de esa índole; e) asegurare o ayudare al autor o partícipe a asegurar el producto o provecho del delito.

La figura de omisión de denuncia quedó entonces regulada como **no denunciar la perpetración de un delito o no individualizar al autor o partícipe de un delito ya conocido, cuando estuviere obligado a promover la persecución penal de un delito de esa índole.**

La reforma de la ley 25.246 impuso una sanción para quien no denunciara **“cuando estuviere obligado a promover la persecución penal de un delito”**, una precisión que la anterior redacción del art. 277, inc. 1º no establecía. Debe, entonces, fijarse el alcance de esta incorporación.

En primer lugar, debe señalarse que, a juicio de esta Oficina Anticorrupción, la frase “promover la persecución penal de un delito” incorporada en el nuevo art. 277 no tiene el sentido que el art. 120 de la Constitución Nacional le asigna a la frase “promover la actuación de la justicia”. En efecto, cuando esta norma constitucional se refiere a que el ministerio público tiene por función promover la actuación de la justicia alude a la función de instar la acción penal, es decir, requerir la administración de justicia cuando considera que el hecho denunciado constituye delito y que, en el caso, se puede proceder a investigar (art. 180 del CPPN).

Este límite se vincula con la garantía de otorgarle a un órgano del Estado distinto del órgano que debe juzgar el poder de impulsar o perseguir penalmente. Ello con la finalidad de que la imputación no comprometa al tribunal que juzga y de conservar, de esa manera, su imparcialidad. En otras palabras, a los efectos de evitar que esta actividad de impulso o de persecución se confunda con aquella actividad de decisión en el caso concreto, se ha establecido que esta última quede en manos de un órgano cuyos integrantes –los jueces– ostenten la calidad de imparciales e independientes a fin de salvaguardar los derechos de aquellos perseguidos por el Estado, frente a la nada remota posibilidad de que la propia dinámica de la actividad persecutoria condicione a quien deba definir si se aplica una pena a una persona, con los riesgos que ello significa.

Por lo demás, debe tenerse presente que el representante del Ministerio Público que, faltando a la obligación a su cargo, dejare de “promover la persecución penal” será autor del delito previsto en el art. 274 del Código Penal. El sentido que esta norma le asigna al término “promover” se corresponde al establecido en el art. 120 de la Constitución Nacional.

Suponer que dos figuras penales castigan la misma conducta con el mismo alcance resultaría redundante y, en esas condiciones, contrario a la coherencia que debe regir la interpretación de las normas penales. Así lo ha establecido en innumerables oportunidades la Corte Suprema

de Justicia de la Nación al señalar que “la interpretación de las leyes debe hacerse siempre evitando darles un sentido que ponga en pugna sus disposiciones, destruyendo las unas por las otras; y adoptando como verdadero el que las concilie y deje a todas con valor y efecto, a la vez que debe darse pleno efecto a la intención del legislador, computando la totalidad de sus preceptos de manera que armonicen con el ordenamiento jurídico restante y con los principios y garantías de la Constitución Nacional” (confr. Fallos: 285:322; 287:79; 288:416; 292:271; 297:142; 300:1080; 307:2053) y al advertir, en otros casos, que “por encima de lo que las leyes parecen decir literalmente, es propio de la interpretación indagar lo que ellas dicen jurídicamente, o sea, en conexión con las demás normas que integran el ordenamiento general del país, de modo de obtener su armonización y concordancia entre sí, y especialmente, con los principios y garantías de la Constitución Nacional” (confr. Fallos: 297:142; 299:93; 302:1600; 307:2156).

De allí que no sólo corresponda rechazar cualquier lectura de la norma que pretenda restringir la a los representantes del Ministerio Público, sino que además debe asignársele a la palabra “promover” dos sentidos diferentes. Por un lado, el sentido de “instar”, “requerir” o “perseguir” la acción penal cuya omisión se encuentra reprimida en el art. 274 del Código Penal y, por el otro lado, el de “iniciar”, “tomar la iniciativa” o “procurar” (confr. Diccionario de la Lengua Española,

Real Academia Española, 1992) esa instancia, ese requerimiento o esa Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos Oficina Anticorrupción persecución penal, cuya omisión se encuentra reprimida en el inciso 1º del art. 277 de ese cuerpo normativo.

Esta lectura del art. 277 se corresponde, además, con su mismo contenido en tanto se tipifica penalmente la conducta de quien no denuncia la perpetración de un delito o no individualiza al autor o partícipe. Cumplir estas actividades no es la obligación de los representantes del Ministerio Público. Su función, como ya se dijo, es requerir la instrucción (art. 180 del CPPN), dirigir la investigación (art. 196 del CPPN) o, en todo caso, recibir denuncias (art. 181 del CPPN) pero jamás formular esas denuncias. Su actividad revela una tarea más compleja que un simple poner en conocimiento hechos delictivos en tanto debe evaluar el carácter delictivo de la imputación y las posibilidades para llevar adelante esa investigación (art. 180 del CPPN). Sus actividades no deben confundirse.

En esas condiciones, una interpretación que pretendiese identificar la conducta del art. 277, inc. 1º, con la conducta del art. 274 del CP –que como se explicó requiere de una actividad más compleja que un simple poner en conocimiento– no sólo implicaría que dos normas sancionen penalmente la misma conducta, en contra de los principios de interpretación señalados, sino que además la prevista en el art. 177 del CPPN quedaría huérfana de consecuencias jurídicas en tanto la omisión del funcionario público de denunciar, entendida ésta como un simple poner en conocimiento de la justicia hechos delictivos, carecería de una sanción penal específica –téngase presente que subsidiariamente correspondería la sanción del art. 248 del CP–.

En segundo lugar, el inciso 3º del art. 279 del CP, conforme lo regula la ley 25.246 dispone que cuando el autor de alguno de los hechos descritos en el inciso 1º del art. 277 sea un funcionario público que haya cometido el hecho en ejercicio u ocasión de sus funciones sufrirá además inhabilitación especial de 3 a 10 años. De la lectura de esta norma se desprende que la conducta de omitir formular denuncia puede ser claramente cometida por un funcionario público y que, en ese caso, además, la pena se agrava. La conducta de aquellos que, en su condición de funcionarios públicos, omitieran formular denuncia ante la justicia o ante esta Oficina Anticorrupción –según si corresponde o no al ámbito de competencia de esta última–, se encuadraría en este art. 279, incs. 3º, del CP y por ende, merecería –de resultar condenado– además de una pena de prisión, una pena de inhabilitación.

Por otro lado, el art. 277, inc. 1º, del Código Penal, como se dijo, se limita a sancionar la omisión de “denunciar la perpetración de un delito o no individualizarse al autor o partícipe de un delito ya conocido”, es decir, la omisión de denunciar la comisión de un hecho con las formas exteriores de un delito o la individualización de su autor. El análisis que del hecho debe realizar el autor no supera del conocimiento que pudiera obtener en su condición de funcionario o empleado público en el ejercicio de sus funciones, conforme lo dispone el art. 177 del CPPN que fija la , en concordancia con el art. 277, inc. 1º del CP. No se le exige al autor una evaluación técnica del carácter delictivo de la imputación, de las condiciones de autoría y de las posibilidades para llevar adelante la investigación. En ese sentido, cualquier argumento dirigido a defender que el art. 277, inc. 1º, conforme la modificación de la ley 25.246, únicamente está haciendo referencia a personas capacitadas para comprender qué es un delito y qué es la participación –para esa parte, los representantes del Ministerio Público Fiscal– también resultaría desacertado.

Por último, la interpretación que esta Oficina sigue de la figura de “omisión de denuncia”, conforme la actual redacción del art. 277, inc. 1º del Código Penal, se complementa con la descripción que la Convención Interamericana contra la Corrupción hace de esta conducta. En tanto esta Convención fue aprobada por el Congreso en la ley 24.759 (BO 17-1-97) sus conceptos fundamentales deben ser analizados y utilizados para que funcionen como complemento del Código Penal (cfr. Severo Caballero “La Convención Interamericana contra la Corrupción y legislación penal argentina”, la Ley 1997-E-1155).

En ese sentido, como se dijo, el art. VI, inc. 1 c), de la Convención Interamericana califica como acto de corrupción la “realización por parte de un funcionario público o una persona que ejerza funciones públicos de cualquier acto u omisión en el ejercicio de sus funciones, con el fin de obtener ilícitamente beneficios para sí mismo o para un tercero”. Una interpretación acorde a esta descripción obliga a rechazar cualquier lectura del actual art. 277 inc. 1º del Código Penal que restrinja la del art. 177 del CPPN a los representantes del Ministerio Público y exima de responsabilidad a los demás funcionarios públicos.

Por todo lo expuesto, a criterio de esta Oficina, la nueva redacción del art. 277, inc. 1º del Código Penal de ninguna manera debe limitar

la obligación que los funcionarios públicos tienen –de conformidad con lo regulado en el art. 177 del Código Procesal Penal de la Nación– de denunciar los hechos presumiblemente ilícitos de los que tomaran conocimiento en razón de sus funciones ni desnaturaliza en consecuencia la necesidad y la conveniencia de, mediante un decreto, regular el alcance de esa obligación.

III.

Sobrados argumentos ha expuesto esta Oficina Anticorrupción para defender una interpretación que incluya a funcionarios públicos, ajenos al Ministerio Público Fiscal, como sujetos activos del delito de omisión de denuncia. Sin embargo, estos argumentos no alcanzaron para evitar la interpretación del tipo penal que aquí se critica.

En efecto, estas razones han sido desoídas por magistrados de la Cámara Nacional de Casación Penal quienes en una escueta resolución limitaron el delito de omisión de denuncia previsto en el art. 277, inc. 1º apartado d) a los representantes del mencionado organismo y excluyeron a los restantes funcionarios públicos –en el caso se trataba del Presidente del Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados– como autores de ese delito (confr. Sala III de la CNCP, causa N° 3142 “Alderete, Víctor Adrián s/ rec. de casación” del 27 de noviembre de 2001, registro 722/2001).

La desincriminación de esa conducta propiciada por letrados y juristas y sostenida por magistrados, además de resultar jurídicamente desacertada contradice los compromisos asumidos internacionalmente por este país. De allí que en el marco de las recomendaciones adoptadas por el Comité de Expertos del Mecanismo de Seguimiento de la Implementación de la Convención Interamericana contra la Corrupción y ante el riesgo ya realizado de que los magistrados asuman una posición desincriminante de la conducta de omisión de denuncia –que, a su vez, desaliente la denuncia de actos de corrupción– se recomienda para su consideración una reforma del actual artículo 277, inc. 1, apartado d) del Código Penal en los mismos términos anteriores a la reforma introducida por la ley 25.246. Una reforma cuya finalidad, conforme surge de sus debates parlamentarios, fue introducir modificaciones en cuestiones vinculadas al encubrimiento y el lavado de dinero y no despenalizar conductas como las aquí analizadas.

En esas condiciones, se sugiere promover una nueva reforma del art. 277, inc. d) del Código Penal de modo que se castigue con pena de 6 meses a 3 años a quien *no denunciare la perpetración de un hecho que pudiera configurar un delito o no individualizare a su autor o partícipe, cuando estuviere obligado a hacerlo*.

Por todo lo expuesto, resuelvo:

1. Someter a consideración del Sr. Ministro de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos la recomendación de reforma del art. 277, inciso 1, apartado d) del Código Penal para que, en caso de compartir las razo-

nes desarrolladas por esta Oficina, impulse un proyecto en los términos previamente expuestos.

2. Comunicar la presente resolución a los Sres. Presidentes de la Comisiones de Legislación Penal de las Honorables Cámaras del Congreso para que tomen conocimiento de los problemas de interpretación que actualmente presenta la figura penal de omisión de denuncia.

Regístrese y cúmplase.

6

CAPÍTULO 6 » **MECANISMOS DIRIGIDOS A OBTENER EL RECUPERO
DE ACTIVOS**



INTRODUCCIÓN

En diversos espacios, la Oficina Anticorrupción ha señalado que, 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. En efecto, su relevancia ha quedado definitivamente plasmada en la CNUCC, en donde se le asignó un rol trascendente en la erradicación de la impunidad en los casos de corrupción¹.

Dada su significación y siendo que la OA ha sido erigida como el organismo nacional encargado de velar por el cumplimiento de las Convenciones Internacionales de lucha contra la corrupción ratificadas por el Estado Nacional², desde este lugar se ha asumido a la recuperación de activos como una de las políticas relevantes de la OA en los últimos años.

En estos tiempos, cada vez son más las voces que vienen sosteniendo que para lograr la pretendida desaparición de espacios de impunidad en los casos de corrupción, aunque sí resulta de carácter primordial, la imposición de condenas contra los autores y partícipes de los delitos no es un elemento suficiente. Por el contrario, para arribar a desenlaces ciertamente justos se entiende que, tan importante como las condenas a penas de prisión, en aras de lograr aquel preciado fin, también debe tenerse éxito en el recupero de los activos ilícitamente obtenidos.

Este tipo de acciones se fundan en el principio esencial que impone el deber de restituir las ganancias obtenidas de manera indebida. Esta necesidad se traduce asimismo, en que, aún cuando se logre que el culpable de un delito cumpla sus penas, es fundamental también tener en cuenta el aprovechamiento económico derivado de ese delito, procurando la recuperación del producto o provecho del acto ilícito para su aplicación a los fines públicos originalmente previstos. En síntesis, que los bienes o el dinero recuperado por el Estado se aplique a sus finalidades originales.

Ahora bien, como se mencionó precedentemente, la OA ha desarrollado ampliamente el tema de este capítulo y ha formulado sus propuestas respecto a la forma de optimizar estos mecanismos en una publicación anterior, "Recupero de Activos en casos de Corrupción" a cuyo contenido nos remitimos.

¹ Ver el trabajo de la OA, *Recupero de activos en casos de corrupción - El decomiso de las ganancias del delito, estado actual de la cuestión*, publicado en el año 2010; disponible en <http://www.anticorruptcion.gov.ar/documentos/Recupero%20de%20Activos%20-%20form%20red.pdf>.

² Cfr. objetivos y misiones asignados al organismo mediante Decreto 466/2007, del 2/05/2007.

Por ello, este capítulo tiene como objetivo, explicar brevemente cuáles son las posibilidades que tiene la oficina en la materia sobre la base de los mecanismos previstos en nuestra legislación, previo a lo cual haremos referencia a algunos de los instrumentos internacionales que incorporan la temática del recupero de activos.

RELEVANCIA INTERNACIONAL

Como anteriormente se mencionó, en la CNUCC, los Estados Parte acordaron hacer un fuerte hincapié sobre la recuperación de activos. Como muestra de ello en su preámbulo 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 asimismo, en su artículo 1, inc. b) en el que se 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”.

En el mismo sentido es dable mencionar que la CNUCC dedica todo su Capítulo V a la Recuperación de activos, que su artículo 51 establece que “la restitución de activos... 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 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”.

Por otra parte, la CICC establece respecto de este tema en el artículo XV 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.”

MECANISMOS PROPICIOS PARA LA RECUPERACIÓN DE ACTIVOS EN LA ARGENTINA Y FACULTADES DE LA OA PARA UTILIZARLOS

En primer lugar corresponde aclarar que cuando hablamos de mecanismos de recupero de activos, nos referimos a diversas formas o medios para encarar la recuperación de bienes que han salido de la esfera patrimonial de su titular como consecuencia de la comisión de un hecho ilícito. Cabe destacar que la actividad de esta dependencia sólo puede estar encaminada al recupero de bienes que han salido de la esfera patrimonial del Estado como consecuencia de la comisión de actos de corrupción tipificados como delitos.

Tomando la propuesta de clasificación enunciada en el capítulo 5 de la obra "Recupero de Activos en caso de corrupción", se puede sostener que estos diversos medios de recuperar bienes afectados por la comisión de delitos se pueden agrupar en las siguientes acciones.

1. La acción civil

En capítulos anteriores se ha mencionado la facultad que tiene esta Oficina, siempre que resulte procedente, de iniciar acciones civiles ante la dependencia administrativa correspondiente con el objeto de obtener un resarcimiento concreto por los daños producidos al Estado por actos de corrupción. En tal sentido, el art. 3 inc.c) del Decreto 102/99 del PEN establece que entre las funciones de la Dirección de Investigaciones se encuentra la de instar la promoción de acciones judiciales civiles (junto con acciones penales y sumarios administrativos) o cualquier otra medida que se considere adecuada para el caso y realizar su seguimiento.

Cabe recordar que todo delito que ocasione un daño en los términos del art. 1068 del Código Civil da origen a la obligación de reparar. Reiteramos que dada la competencia específica de la OA, la promoción de estas acciones debe estar relacionada con las consecuencias de delitos de corrupción.

También es preciso observar que lo que se busca es una compensación integral por el perjuicio ocasionado a través de una prestación personal, por lo tanto, la misma puede involucrar a personas físicas como jurídicas, dependiendo del caso concreto.

Hecha esa salvedad, corresponde entonces especificar qué se entiende por promover la acción civil en esta materia, y ha sido la PTN quien ha interpretado aquella disposición en diversos dictámenes³. En ellos, ha expresado que a pesar de que esta dependencia posee un régimen especial respecto de otros organismos, en la medida que no requiere autorización especial para representar al Estado en una causa penal conforme el art. 1 del Decreto N°411/80, ni el artículo 66 de la Ley 24.946⁴ ni el Reglamento Interno de la Dirección de Investigaciones la habilita para iniciar o proseguir un juicio civil, sino tan solo disponer su inicio.

³ Dictámenes PTN T°234, pág. 486; T°266, pág. 84.

⁴ Ley Orgánica del Ministerio Público, Título III, Disposiciones Complementarias, Representación del Estado en juicio.

Conforme ello, la PTN concluye que corresponde al titular del organismo involucrado ponderar las decisiones vinculadas a la promoción de la acción civil, con el asesoramiento de su servicio jurídico, al entender que la dependencia afectada es quien se encuentra en mejores condiciones de conocer y llevar a adelante la acción resarcitoria⁵.

Por ello, cabe concluir que el proceder de la OA en esta materia sólo se puede circunscribir a solicitar a los servicios jurídicos del organismo estatal involucrado, que arbitre los medios necesarios para iniciar la acción en sede civil con el objeto de perseguir el resarcimiento económico pertinente.

Cabe recordar en este punto, que también resulta posible encarar este tipo de acciones por vía administrativa, y así el objetivo sería dictaminar la anulación de los actos administrativos viciados de ilegitimidad y la consecuente restitución de las obligaciones devengadas y pagadas, las que también pueden ser instadas por la OA.

2. Medidas dirigidas a recuperar bienes en el marco de un proceso penal.

También resulta posible adoptar medidas dirigidas a recuperar los bienes mencionados, en el marco de un proceso penal; de manera tal, que la investigación patrimonial para la identificación y rastreo de activos se desarrolle en el mismo proceso donde se investiga el delito en cuestión⁶.

Sin embargo, debe tenerse presente que las dos vías de reclamo recién enunciadas (administrativa y civil) son independientes de la vía de restitución encarada dentro del proceso penal; y que la adopción o el intento de una, no excluye la posibilidad de encarar las otras vías en forma paralela o autónoma.

Ahora bien, a efectos de explicitar mejor estas medidas cautelares en el campo penal, podemos distinguir entre la etapa de investigación del proceso penal y el momento en que se dicta sentencia.

a) Durante la etapa de investigación o instrucción de un proceso penal, es posible la adopción de medidas concretas y efectivas (las llamadas medidas cautelares) tendientes a inmovilizar los patrimonios de los sujetos que se encuentran imputados en una causa criminal; ello, con fin de asegurar su sujeción al proceso y eventualmente garantizar el pago de multas, costas y reparaciones civiles y/o decomisos.

De tal manera, en esta materia, si bien por regla general debe aguardarse a la sentencia condenatoria firme para poder realizar los bienes que resulten ser la ganancia o el provecho del delito, se permite a los jueces

⁵ “El principio general en materia de representación del Estado en juicio consiste en que ella le corresponde a los servicios jurídicos de los respectivos Ministerios, Secretarías y entidades descentralizadas, salvo que se configuren algunas de las situaciones contempladas en los párrafos segundo, tercero y cuarto del artículo 66 de la Ley N° 24.946 o que por ley se autorice un régimen especial de representación”. Cfr. Dictamen PTN T°234, pág. 486.

⁶ Este tipo de investigaciones se llevan a cabo en una única causa o expediente, sin perjuicio de que comúnmente estas sean tramitadas en incidentes que corren por cuerda como los incidentes de embargo o de investigación patrimonial.

que, desde el inicio de las actuaciones, adopten medidas para preservar los bienes que presumiblemente sean objeto del decomiso.

Expresamente, a fines de preservar aquellos bienes durante la duración del proceso, el art. 23 del Código Penal, en sus párrafos 8º y 9º, establece 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 presumiblemente pueda recaer”. Y que: “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”.

Por su parte, el Artículo 231 del Código Procesal Penal de la Nación, establece que: “El juez podrá disponer el secuestro de las cosas relacionadas con el delito, las sujetas a decomiso o aquellas que puedan servir como medios de prueba...”. Se trata de un instituto del derecho procesal penal que faculta a la autoridad judicial para proceder a la incautación del producto del delito y de los instrumentos utilizados para su comisión, hasta tanto se dicte sentencia definitiva.

Además de la incautación física de bienes, los jueces también pueden ordenar medidas cautelares sobre bienes registrales como embargos preventivos o cualquier otra medida cautelar que sea eficiente para garantizar una posterior ejecución del decomiso. Al respecto, el artículo 518 del Código Procesal Penal de la Nación, 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. Si el imputado o el civilmente demandado no tuvieren bienes, o lo embargado fuere insuficiente, se podrá decretar su inhabilitación”.

Toda vez que entre el inicio de la causa y el auto de procesamiento puede transcurrir un tiempo considerable, si se esperara a esta instancia para la adopción de medidas cautelares, las mismas podrían resultar ineficaces. Por tal razón, a fin de evitar una probable frustración en la ejecución del decomiso, en su último párrafo el art. 518 prevé que: “Sin embargo, las medidas cautelares podrán dictarse antes del auto de procesamiento, cuando hubiere peligro en la demora y elementos de convicción suficientes que las justifiquen”.

Ahora bien, esta dependencia como consecuencia de las facultades para intervenir en causas penales (desarrolladas en los capítulos anteriores) no sólo puede propiciar todas estas medidas, en aquellos supuestos en los que se constituya como querellante, sino propiciar e instrumentar medidas tendientes a la investigación patrimonial de los sujetos involucrados en la comisión de delitos de corrupción que afecten el patrimonio estatal.

b) El comiso o decomiso es una figura cuyo objetivo es prevenir “la reutilización de los objetos empleados para cometer el delito y evitar que

el condenado conservara las cosas obtenidas de su comisión”⁷ El sistema argentino, por regla general, permite el decomiso definitivo de un bien recién al momento de dictarse la sentencia condenatoria⁸.

Por ello, tradicionalmente se ha sostenido que en nuestro derecho interno el decomiso fue regulado como una pena accesoria, esto es, como aquella pena que no puede aplicarse en forma autónoma, sino que tiene que ir acompañando a una pena principal de cuya existencia depende.⁹

Este instrumento se encuentra receptado en el art. 23 del Código Penal, el cual prevé 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”.

También en este punto, la OA como consecuencia de sus competencias específicas en los casos en que se constituya como parte querellante puede propiciar el decomiso de los bienes que fueran el producto de delitos de corrupción durante la etapa de debate y mediante los pertinentes recursos ante una decisión adversa a esta pretensión.

3) Decomiso contra personas ajenas al delito

La sanción de la Ley de Ética Pública, Nro. 25.188, introdujo la posibilidad de decomisar los bienes en poder de sujetos no condenados ni sometidos a proceso. Es por ello que se ha sostenido que la concepción del decomiso como pena accesoria puede haber variado.¹⁰

⁷ D'Alessio Andrés José, *Código Penal Comentado y Anotado*, tomo I, Parte General, arts.1 a 78, 2da. edición actualizada y ampliada, Buenos Aires, La Ley, 2009, pág. 221.

⁸ La excepción a esta regla general fueron las incorporaciones del 6° párrafo del Art. 23 y 2° párrafo del Art. 305 del Código Penal, dadas por la Ley N° 26.683, modificatoria de la Ley de Encubrimiento y Lavado de Dinero. En el primer caso dispuso: “En caso de los delitos previstos en el artículo 213 ter y quáter y en el Título XIII del libro Segundo de éste Código, serán decomisados de modo definitivo, sin necesidad de condena penal, cuando se hubiere podido comprobar la ilicitud de su origen, o del hecho material al que estuvieren vinculados, y el imputado no pudiese ser enjuiciado por motivo de fallecimiento, fuga, prescripción o cualquier otro motivo de suspensión o extinción de la acción penal, o cuando el imputado hubiere reconocido la procedencia o uso ilícito de los bienes. Todo reclamo o litigio sobre el origen, naturaleza o propiedad de los bienes se realizará a través de una acción administrativa o civil de restitución. Cuando el bien hubiere sido subastado sólo se podrá reclamar su valor monetario”. En igual sentido, respecto al Art. 305, en su segundo párrafo se previó que: “En operaciones de lavado de activos, serán decomisados de modo definitivo, sin necesidad de condena penal, cuando se hubiere podido comprobar la ilicitud de su origen, o del hecho material al que estuvieren vinculados, y el imputado no pudiese ser enjuiciado por motivo de fallecimiento, fuga, prescripción o cualquier otro motivo de suspensión o extinción de la acción penal, o cuando el imputado hubiere reconocido la procedencia o uso ilícito de los bienes”.

⁹ D' Alessio Andrés José y Divito Mauro desarrollan este tema en las paginas 222 y 223 de obra citada teniendo en cuenta las reformas introducidas a este artículo por las leyes 21.188, 25.742 y 25.815

¹⁰ Este punto es desarrollado a lo largo de la obra “Recupero de activos en caso de corrupción” citado precedentemente.

Al respecto, se introdujo el siguiente texto: “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” (párr. 3º). Y “Cuando con el producto o el provecho del delito se hubiese beneficiado un tercero a título gratuito, el comiso se pronunciará contra éste” (párr. 4º).

De este modo los jueces se encuentran habilitados a confiscar los bienes de los sujetos que hayan resultado beneficiarios del actuar de los autores o partícipes de un delito, gracias a la percepción o adquisición de sus ganancias.

Dentro de esta categoría se distinguen tres supuestos en los que el autor o los partícipes de un hecho ilícito hubiesen actuado:

- a) “como mandatarios de alguien” o representantes de alguien;
- b) “como órganos, miembros o administradores de una persona de existencia ideal”;
- c) o bien cuando “con el producto o el provecho del delito se hubiese beneficiado un tercero a título gratuito”. En este último caso debería entenderse también que este tercero sea de buena fe o que no conociera el origen ilícito de los bienes; caso contrario podría encontrarse en un supuesto de encubrimiento o lavado de dinero.

4) Alcance del término producto o provecho del delito

En su primer párrafo, el Artículo 23 del Código Penal de modo genérico sólo se refiere a “las cosas o ganancias que son el producto o el provecho del delito”. El alcance y la interpretación de este término han sido complementados por la jurisprudencia y la doctrina, considerándose que por provecho se entienden a todas las ganancias directas e indirectas obtenidas como resultado de un hecho ilícito.¹¹

Por ejemplo, la Sala IV de la Cámara Nacional de Casación Penal, en causa N° 4787, caratulada “ALSOGARAY, María Julia s/ recurso de casación e inconstitucionalidad” ha expresado 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”¹².

¹¹ D’Alessio Andrés José y Divito Mauro, obra citada, pag. 224/232.

¹² Ver CNCP, Sala IV, en causa N° 4787, caratulada “ALSOGARAY, María Julia s/ recurso de casación e inconstitucionalidad”, Reg. N° 6674.4, Rta. el 9/06/2005.

Siguiendo esta interpretación y en línea con el principio jurídico que determina 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 y que, 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, sin poder sostenerse válidamente un derecho respecto de ésta, se entiende que el alcance del producto del delito debe hacerse extensivo a aquellos bienes en que este se hubiese transformado, o los que lo hubiesen sustituido, e incluso, a las ganancias indirectas obtenidas del delito.

El Artículo 31 de la CNUCC es claro en cuanto requiere que los Estados adopten las medidas necesarias, para permitir que el decomiso del producto del delito abarque o proceda sobre los siguientes supuestos:

- a) El producto directo, o los bienes cuyo valor corresponda a dicho producto (el equivalente del valor);
- b) Los bienes en los que se haya transformado o convertido, total o parcialmente;
- c) Los bienes de fuente lícita con los que se haya mezclado el producto del delito (hasta la medida del producto ilícito);
- d) Los ingresos o beneficios derivados de ese producto ilícito, así como de los bienes en que se haya transformado, convertido o entremezclado dicho producto (el beneficio indirecto).

5) Orden de prelación para la satisfacción del decomiso o de la reparación del daño.

Conforme la evolución de la normativa hasta aquí desarrollada, queda claro que en la actualidad existen otras vías para lograr el recupero de activos distintas de la acción civil de resarcimiento o de una acción de repetición de un pago obtenido por medios ilícitos o una declaración de nulidad de un acto administrativo. Estos son mecanismos de orden civil y administrativo actualmente vigentes¹³.

En cambio, la novedad incorporada en el Código Penal a través de la reforma del artículo 23 consiste en haber habilitado a los jueces penales que entienden en las causas de corrupción, a perseguir las ganancias ilegítimas derivadas de un delito. El decomiso, en este caso del ámbito penal, cómo lo sostuvimos precedentemente, no excluye a los otros mecanismos del ámbito civil y administrativo, sino que coexisten y son independientes uno de otros.

En la publicación ya citada se ha mencionado que ante la coexistencia 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

¹³ Ver *Recupero de activos en casos de corrupción - El decomiso de las ganancias del delito, estado actual de la cuestión*, pág. 108.

activo, habrá que determinarse cuál de ellas es la que tiene preferencia en la ejecución, respecto de la otra¹⁴.

La solución se encuentra plasmada en el artículo 30 del CP que establece que "la obligación de indemnizar es preferente a todas las que contrae 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".

CONCLUSIÓN

A modo de corolario y antes de concluir este capítulo, debe destacarse que para alcanzar casos exitosos de recuperación de activos originados en hechos de corrupción es de extrema importancia que los Estados doten a sus autoridades competentes de facultades suficientes para identificar, localizar y rastrear los activos provenientes de la corrupción; congelar, embargar y decomisar esos bienes; administrar antes de la confiscación, los bienes que hayan sido objeto de medidas cautelares; y brindar la más amplia cooperación internacional en esta materia y, eventualmente, colaborar con la repatriación de activos hacia los países que hayan sufrido el hecho de corrupción que originó los fondos ilícitos.

Las herramientas de rastreo de activos son fundamentales toda vez que, sin una rápida, completa y efectiva investigación, será muy difícil llegar a casos de decomisos o confiscación definitiva de bienes. De tal modo, en la medida que los organismos competentes estén familiarizados y especializados en la utilización de estos instrumentos y en las cada vez más intrincadas maniobras para ocultar o disimular los productos de un delito, las autoridades tendrán mayores chances de recuperar los activos sustraídos de un delito.

¹⁴ Ver *Recupero de activos en casos de corrupción - El decomiso de las ganancias del delito, estado actual de la cuestión*, pág. 108/109.

BIBLIOGRAFÍA UTILIZADA EN ESTE CAPÍTULO:

D'ALESSIO, ANDRES JOSÉ, *Código Penal Comentado y Anotado*, tomo I, Parte General, arts.1 a 78, 2da. edición actualizada y ampliada, Buenos Aires, La Ley, 2009.

OFICINA ANTICORRUPCIÓN, *Recupero de activos en casos de corrupción-El decomiso de las ganancias del delito, estado actual de la cuestión*, elaborado por la Dirección de Investigaciones, Coordinador del Proyecto Luis Fernando Arocena, Buenos Aires, 2010.

» **GLOSARIO**



AFIP: Administración Federal de Ingresos Públicos

AGN: Auditoría General de la Nación

APN: Administración Pública Nacional

BID: Banco Interamericano de Desarrollo

BO: Boletín Oficial

CACCF: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal

CC: Código Civil

CICC: Convención Interamericana contra la Corrupción

CN: Constitución Nacional

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

CS o CSJN: Corte Suprema de Justicia de la Nación

DDJJ: Declaraciones Juradas Patrimoniales Integrales de Funcionarios Públicos

DIOA: Dirección de Investigaciones, Oficina Anticorrupción

DOT: Delincuencia Organizada Transnacional

DPPT: Dirección de Planificación de Políticas de Transparencia, Oficina Anticorrupción

FIA: Fiscalía de Investigaciones Administrativas

GAFI: Grupo de Acción Financiera sobre el lavado de Activos

INAP: Instituto Nacional de Administración Pública

Informe MESICIC-OEA: Informe del Comité de Expertos del Mecanismo del Seguimiento de la Implementación de la Convención Interamericana contra la Corrupción. Informe sobre la Implementación en Argentina de las disposiciones de la Convención seleccionada para ser analizadas en el marco de la Primera Ronda. Aprobado por el Comité de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 3, g) y 26 del Reglamento, en la sesión plenaria celebrada el 13 de enero de 2003, en el marco de su tercera reunión realizada entre los días 10 y 13 de febrero de 2003, en la sede de la OEA, en Washington D.C. Estados Unidos de América - Capítulo 2, Sección A y Capítulo 3, Sección A

- INTA:** Instituto Nacional de Tecnología Agropecuaria
- INTI:** Instituto Nacional de Tecnología Industrial
- IRAM:** Instituto Argentino de Normalización y Certificación
- LNPA:** Ley Nacional de Procedimientos Administrativos
- LOMP:** Ley Orgánica del Ministerio Público
- MCC:** Módulo Cliente de Contrataciones
- MEMORANDUM DE ENTENDIMIENTO:** Memorándum de entendimiento para la ejecución de un proyecto de cooperación técnica en la República Argentina para facilitar la implementación de las recomendaciones que le ha formulado el Comité de Expertos del Mecanismo de seguimiento de la Implementación de la Convención Interamericana contra la Corrupción (MESICIC), suscripto por la Secretaría General de la OEA y la Oficina Anticorrupción de la República Argentina
- MESICIC:** Mecanismo del Seguimiento de la Implementación de la Convención Interamericana contra la Corrupción
- OA:** Oficina Anticorrupción de la República Argentina, dependiente del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, autoridad de aplicación de la Ley 25.188 en el ámbito del Poder Ejecutivo Nacional
- OEA:** Organización de Estados Americanos
- OCDE:** Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico
- ONC:** Oficina Nacional de Contrataciones
- ONTI:** Oficina Nacional de Tecnologías de Información
- ONU:** Organización de las Naciones Unidas
- ONUDC:** Oficina de las Naciones Unidas
- PAMI:** Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados
- PJ:** Poder Judicial de la Nación
- PL:** Poder Legislativo de la Nación
- PNUD:** Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo
- PTN:** Procuración del Tesoro de la Nación
- RNPA:** Reglamento Nacional de Procedimientos Administrativos
- SAF:** Sistema Administrativo Financiero
- SIDIF:** Sistema Integrado de Identificación Financiera
- SIGEN:** Sindicatura General de la Nación
- SIPRO:** Sistema de Información a Proveedores
- SLU:** SIDIF Local Unificado
- TOF 4:** Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 4
- UAI:** Unidades de Auditoría Interna
- UEP:** Unidades Ejecutoras de Programas
- UOC:** Unidades Operativas de Contrataciones



Al servicio
de las personas
y las naciones