



Ministerio de Justicia
Seguridad y Derechos Humanos
Oficina Anticorrupción



RECUPERO DE ACTIVOS EN CASOS DE CORRUPCIÓN

**¿PUEDE EL DECOMISO QUEBRANTAR EL
PRINCIPIO DE LEGALIDAD?**

Estudio realizado por:

Luis F. Arocena

Claudia A. Sosa

Juan P. García Elorrio

Con la colaboración de Marcos Maggi



*Ministerio de Justicia
Seguridad y Derechos Humanos
Oficina Anticorrupción*

ALCANCES DE LA ACCIÓN DE DECOMISO, PREVISTA EN EL ART. 23 DEL CÓDIGO PENAL, EN CASOS OCURRIDOS CON ANTERIORIDAD A LA REFORMA DE LA LEY 25.188

I.- Introducción

Continuando con una política agresiva en materia de recupero de activos, la Oficina Anticorrupción (OA) ha instado una serie de acciones en las que se solicitó el embargo preventivo de bienes. A través de ellas se buscó garantizar los eventuales decomisos que puedan decretarse en las causas en las que se hicieron esas presentaciones. Asimismo recientemente se ha publicado en el sitio web del organismo un trabajo en el que se describieron las distintas acciones y estrategias para encarar el recupero de activos en casos de corrupción y, en especial, el decomiso de las ganancias producto del delito, dirigido contra las personas jurídicas que se vieron beneficiadas gracias al actuar doloso de sus dependientes.

Continuando con la intención de ese trabajo, lo que se pretende con aquel plan de acción es generar un cambio de paradigma en las investigaciones de los casos de corrupción, intentando que el recupero de activos sea instalado en las prácticas forenses como un objetivo tan importante como la atribución de responsabilidades penales a los autores y partícipes de los delitos de corrupción. De este modo se intenta lograr que, a través de mecanismos modernos y/o reformas legislativas, se puedan entablar acciones contra las personas jurídicas involucradas en aquellos casos o que se hayan visto beneficiadas económicamente.

Creemos que para erradicar definitivamente la impunidad en los casos de corrupción, aunque sí es primordial, la imposición de condenas contra los autores y partícipes de los delitos no es suficiente. Más bien entendemos que, tan importante como las condenaciones, en aras de lograr aquel preciado fin, se presenta el éxito en el recupero de los activos ilícitamente obtenidos.



*Ministerio de Justicia
Seguridad y Derechos Humanos
Oficina Anticorrupción*

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

Por el otro lado, desde la fase de acción, se pretende animar a las empresas a que sigan participando en contrataciones con el Estado. Sobre esta cuestión es llamativo ver como muchas de las grandes empresas que son o han sido proveedores o contratistas del Estado se debaten entre seguir participando en negociados corruptos o directamente dejar de contratar con el Estado, desaprovechando la oportunidad de obtener así buenos negocios lícitos.

Se parte aquí del principio de que hacer negocios con el Estado no constituye un ilícito en sí, sino más bien lo contrario. Cuantas más empresas se presenten a competir por un negocio, habrá mayor transparencia y mejores condiciones para las partes contratantes y, en definitiva, un resultado más eficiente que beneficiará a la sociedad. El objetivo de cada empresa es el de maximizar sus beneficios y sobre el mismo no puede formularse ningún reparo de índole legal; ello, siempre y cuando ese objetivo sea logrado a través de medios lícitos y respetando las normas de las contrataciones públicas y la competencia legal.

La competencia justa y transparente entre varios oferentes, con una correcta interacción con la autoridad contratante, es uno de los mecanismos más efectivos para asegurar que en el marco del “*synallagma*” contractual se pacten contraprestaciones equitativas, en las que no haya un Estado débil y perjudicado y contratistas que obtienen negocios altamente reductibles, gracias a la ambición desmedida de lucro de funcionarios públicos y privados. Se pretende



*Ministerio de Justicia
Seguridad y Derechos Humanos
Oficina Anticorrupción*

entonces barrer con las distorsiones que la corrupción provoca en la competencia legal y en los procedimientos de contratación pública y lograr así una mayor eficacia en el cumplimiento de los fines del Estado y una sociedad más justa y equitativa.

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

II.- Aclaraciones previas sobre el decomiso

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

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

Esta diferencia radica en que los terceros o mandantes contra los que el C.P. autoriza la imposición del decomiso, no se encuentran sometidos al proceso penal y respecto de ellos no se juzga ningún tipo de participación en los hechos delictivos. Lo único que debe determinarse a su respecto es que el delito juzgado les haya significado un beneficio económico para sí y la determinación de esa ganancia de origen ilícito.



*Ministerio de Justicia
Seguridad y Derechos Humanos
Oficina Anticorrupción*

Por otra parte, al ser una medida que requiere del dictado de una sentencia condenatoria, cuando aquí de modo genérico se habla de acciones de decomiso, concretamente se está haciendo referencia a la posibilidad de entablar medidas cautelares tendientes a asegurar los bienes necesarios para cubrir el eventual decomiso.

Finalmente, la posibilidad de decomisar las cosas o ganancias que resulten ser el producto o el provecho del delito y de dirigir esa acción contra una persona jurídica cuando el autor o los partícipes han actuado como mandatarios o como órganos, miembros o administradores de la misma, fue expresamente prevista en nuestro ordenamiento legal a partir del dictado de la Ley 25.188 del 1° de noviembre de 1999, que reformó el Art. 23 del C.P. (anteriormente sólo eran posibles de decomiso las cosas que hayan servido para cometer el delito o las cosas que constituían el objeto del delito). Esta acción fue luego reforzada con la sanción de la ley 25.815, del 1° de diciembre de 2003, que permitió la adopción de las medidas cautelares desde el inicio de las actuaciones, y posteriormente mediante ley 26.097, del 9 de junio de 2006, que incorporó a nuestro ordenamiento legal interno y con jerarquía superior a las leyes, la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción suscripta en Mérida, México en diciembre de 2003, la cual presenta al recupero de activos como uno de los ejes principales para combatir la corrupción y dedica todo un capítulo a las acciones de decomiso y a la cooperación que los Estados parte deben prestarse a fin de lograr la recuperación de los bienes ilícitamente obtenidos.



Ministerio de Justicia
Seguridad y Derechos Humanos
Oficina Anticorrupción

III.- Sobre la posible afectación al Principio de Legalidad

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

A primera vista esta objeción resultaría razonable toda vez que la posibilidad de decomisar las cosas o ganancias que resulten ser el producto o el provecho del delito y de dirigir esa acción contra una persona jurídica cuando el autor o los partícipes han actuado como mandatarios o como órganos, miembros o administradores de la misma, fue expresamente prevista en nuestro ordenamiento legal a partir del dictado de la Ley 25.188 del 1° de noviembre de 1999, que reformó el Art. 23 del C.P. En consecuencia, según esta premisa se trataría de la aplicación retroactiva de una disposición *“ex post”*, contraria al Art. 18 de la C.N.

IV.- El sinrazón de la objeción planteada

A) En primer lugar debe sentarse que el principio de legalidad, prescripto por el Art. 18 de la CN, solamente ampara a los sujetos que se encuentran sometidos a un proceso penal, en calidad de presuntos autores o partícipes de un hecho delictivo, ante una eventual imposición de pena fundada en leyes posteriores a la fecha de comisión. En consecuencia, aquellos sujetos – personas físicas o jurídicas- que sin participar del delito se hayan visto beneficiados, gracias al



Ministerio de Justicia
Seguridad y Derechos Humanos
Oficina Anticorrupción

actuar de sus representantes, mandatarios u órganos sociales, no se encuentran protegidos por el citado amparo constitucional.

Recientemente, en el acta de acuerdo de juicio abreviado, celebrado en el marco de la causa conocida como “IBM-Banco Nación” (c/n° 509/05, caratulados “Dadone, Aldo y otros s/ defraudación contra la Administración Pública”, del registro del Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 3, de la Capital Federal) se destacó que *“la exigencia de previsibilidad y calculabilidad del poder punitivo que da fundamento al principio de legalidad no puede resultar oponible a la actuación estatal cuando esta no se dirige contra bienes jurídicos fundamentales de una persona física sino contra su patrimonio que, en tanto tal, mal puede resultar objeto del mismo estándar de protección del que gozan la vida o la libertad humana. Es pues por ello que la Constitución Nacional establece, en su art. 18, la vigencia del principio de irretroactividad tan solo con relación a la ley penal (CSJN, Fallos, 238:496) con el claro sentido de impedir que alguien sea penado por un hecho que, al tiempo de su comisión, no era delito o de prohibir que a quien cometa un delito se le aplique una pena más gravosa que la legalmente prevista al tiempo de su comisión (Zaffaroni, Eugenio, Derecho Penal, Parte General, Ediar, Buenos Aires, 2000, p. 113 y s.s.)”*.

B) En otro orden de ideas, si bien la posición planteada en el punto III, a simple vista resulta sensata, luego de su reformulación se advierte que esa proposición resulta ser un absurdo jurídico. Este absurdo queda puesto en evidencia cuando se aprecia que con esa premisa en definitiva se estaría alegando que al momento de comisión de los hechos investigados (anteriores a noviembre de 1999), en el ordenamiento jurídico vigente para ese tiempo, no había ninguna ley que impedía que una persona o una sociedad comercial se apropiara de los beneficios económicos derivados del delito cometido por sus representantes, mandatarios u órganos sociales.

Ahora bien, luego de esta reformulación surge el cuestionamiento acerca de si realmente era necesario que exista una ley específica, en el orden penal, para fijar que de un delito no puede nacer ningún derecho. Intuitivamente, la primera respuesta será negativa; por lo



Ministerio de Justicia
Seguridad y Derechos Humanos
Oficina Anticorrupción

tanto observamos que aquel planteo acerca de la violación al principio de legalidad no tiene ningún asidero jurídico.

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

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

Los cimientos de este principio que se reproduce en una serie de artículos del ordenamiento civil, se aprecian claramente en el Art. 502 del C.C. que establece que “(l)a obligación fundada en una causa ilícita, es de ningún efecto”, y el mismo artículo agrega que “(l)a causa es ilícita, cuando es contraria a las leyes o al orden público”. En un caso de corrupción, en los que generalmente se investigan irregularidades cometidas en contratos de provisión de bienes o servicios o contratos de obra pública, celebrados entre el Estado y proveedores o contratistas privados, una causa ilícita sería, por ejemplo, la desigualdad de contraprestaciones en perjuicio de la Administración Pública –típico caso de sobrepresos-; o el pago de sobornos que distorsionan la competencia legal y asegura la adjudicación del contrato a uno de los oferentes; el otorgamiento de negocios a empresas vinculadas o “amigas”, etc. En todos esos casos, si bien parte de las prestaciones convenidas dentro del “*synallagma*” contractual puedan subsistir, las distorsiones descriptas tornan ilícita a la causa.

Por otro lado, el Art. 953 del C.C. establece que “(e)l objeto de los actos jurídicos deben ser cosas que estén en el comercio, o que por un motivo especial no se hubiese prohibido que sean objeto de algún acto jurídico, o hechos que no sean imposibles, ilícitos, contrarios a las buenas costumbres o prohibidos por las leyes, o que se opongan a la libertad de las acciones o de



Ministerio de Justicia
Seguridad y Derechos Humanos
Oficina Anticorrupción

la conciencia, o que perjudiquen los derechos de un tercero. Los actos jurídicos que no sean conformes a esta disposición, son nulos como si no tuviesen objeto".

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

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

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

Para mayor abundamiento, según el Art 499 del C.C. *"(n)o hay obligación sin causa, es decir, sin que sea derivada de uno de los hechos, o de los actos lícitos o ilícitos, de las relaciones de familia, o de las relaciones civiles"*. Siguiendo a Ortolán, la nota de este artículo



Ministerio de Justicia
Seguridad y Derechos Humanos
Oficina Anticorrupción

aclara, en relación a los ilícitos, que... *“si una persona ha causado perjuicio a otra ya voluntariamente, y con mal propósito, ya involuntariamente, pero por culpa suya, el principio de la razón natural, de que es preciso reparar el mal que se ha causado, nos dice que aquí hay un hecho productor de obligación. Si una persona encuentra que tiene por una circunstancia cualquiera lo que pertenece a otra; si aparece enriquecido de un modo cualquiera en detrimento de otra, ya voluntaria, ya involuntariamente, el principio de la razón natural de que ninguno debe enriquecerse con perjuicio de otro, y de que hay obligación de restituir aquello con que se ha enriquecido, nos dice también que hay en esto un hecho causante de obligación...”.*

El Art. 2610 del C.C. dice que la propiedad *“(s)e pierde también por la transmisión judicial del dominio, cualquiera que sea su causa, ejecución de sentencia, expropiación por necesidad o utilidad pública; o por el efecto de los juicios que ordenasen la restitución de una cosa, cuya propiedad no hubiese sido transmitida sino en virtud de un título vicioso”.*

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



*Ministerio de Justicia
Seguridad y Derechos Humanos
Oficina Anticorrupción*

V.- Conclusión

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

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

En ese sentido, la novedad incorporada en el Código Penal, a partir del año 2003, fue que gracias a la reforma del Art. 23 se habilitó a los jueces penales, que por ejemplo entienden en las causas de corrupción, a perseguir las ganancias ilegítimas derivadas de un delito. Esta acción es uno de los mecanismos legales que tienden a lograr el recupero de activos derivados de acciones ilícitas. A través de esta vía ya no hay necesidad de instarse una acción civil de resarcimiento, ni la repetición de un pago obtenido por medios ilícitos o una declaración de nulidad de un acto administrativo; mecanismos que se mantienen vigentes, sin perder su virtualidad, pero que son independientes del decomiso y este último no excluye a los otros, como así tampoco sucede del modo inverso.

Que se trate de acciones independientes no siempre significa que ellas sean dirigidas contra cosas o bienes distintos. No puede pecarse de obstinado y plantearse la independencia entre estas medidas deduciendo que cada una ataca activos diferentes. Es cierto que en algunos casos el beneficio ilegítimo obtenido por una persona puede ser idéntico al



*Ministerio de Justicia
Seguridad y Derechos Humanos
Oficina Anticorrupción*

perjuicio sufrido por la contraparte (en los casos de corrupción el Estado), o que en otros casos el primero es uno de los conceptos que integran el segundo. En estos casos, 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, habrá una cuestión de prioridad en su ejecución. Por tal razón, en caso de coexistir disposiciones que por un lado decreten el decomiso de un activo y por el otro dispongan el deber de indemnizar un daño, por un valor equivalente a ese activo, habrá que determinarse cuál de ellas es la que tiene preferencia en la ejecución, respecto de la otra.

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

NOVIEMBRE 2009