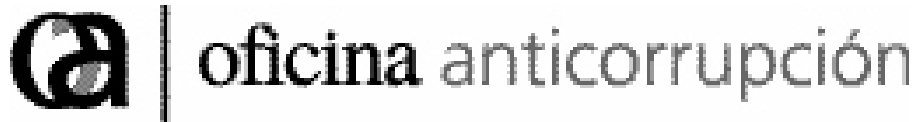




*Ministerio de Justicia
Seguridad y Derechos Humanos
Oficina Anticorrupción*

2009 - Año de homenaje a Raúl Scalabrini Ortiz -



RECUPERO DE ACTIVOS EN CASOS DE CORRUPCIÓN

ACCIONES DE DECOMISO DE LAS GANANCIAS DEL DELITO

- ESTRATEGIAS DE LA OA EN LA MATERIA -

Estudio realizado por:

Luis F. Arocena

Claudia A. Sosa

Patricio J. O'Reilly



*Ministerio de Justicia
Seguridad y Derechos Humanos
Oficina Anticorrupción*

2009 - Año de homenaje a Raúl Scalabrini Ortiz -

SÍNTESIS

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

Por tal motivo la OA propone un CAMBIO CULTURAL tendiente a que, además de la difícil tarea de investigar los hechos de corrupción para lograr la atribución final de las responsabilidades penales que les incumba a los sujetos implicados en esos hechos, se preste una especial atención a la cuestión atiente al RECUPERO DE ACTIVOS. En especial, al decomiso de aquellos bienes que resulten ser el provecho o beneficio de los delitos de corrupción.

La principal razón de esta propuesta es que el recupero de los activos ilícitamente obtenidos constituye uno de los elementos esenciales en la erradicación de la impunidad en los casos de corrupción.

Finalmente, en el estudio realizado se describen las ventajas estratégicas de dirigir las acciones de recupero de activos contra las PERSONAS JURÍDICAS que se hayan visto beneficiadas con el actuar delictivo de sus representantes, mandatarios u órganos societarios.



1.- INTRODUCCIÓN

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

Esa relevancia ha quedado plasmada en la Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción (CNUCC)¹, suscripta en Mérida, México, en diciembre de 2003². Allí los Estados Parte decidieron poner un especial énfasis en el tema del recupero de activos. Al respecto puede señalarse que, por ejemplo en su preámbulo, entre otros puntos, se destacó la decisión de los Estados Parte en *“prevenir, detectar y disuadir con mayor eficacia las transferencias internacionales de activos adquiridos ilícitamente y a fortalecer la cooperación internacional para la recuperación de activos”*; o también que su artículo 1, inc. b) establece como finalidad de la Convención el *“promover, facilitar y apoyar la cooperación internacional y la asistencia técnica en la prevención y la lucha contra la corrupción, incluida la recuperación de activos”*.

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

¹ Ratificada por la Argentina mediante la aprobación de la Ley N° 26.097, promulgada con fecha 9 de junio de 2006.

² La CNUCC entró en vigor luego de los noventa días de depositado el trigésimo instrumento de ratificación, esto fue el 14/12/2005.



Ministerio de Justicia
Seguridad y Derechos Humanos
Oficina Anticorrupción

2009 - Año de homenaje a Raúl Scalabrini Ortiz -

Es dable remitirse en este punto a la publicación, sobre la CNUCC, efectuada por esta Oficina³. En ella se refirió que *“(d)esde el principio de la negociación de su texto se observó la necesidad de incorporar a las tareas de cooperación y asistencia internacional el tema de la recuperación de fondos y bienes fugados generados en corrupción. Es una realidad incontrastable que los corruptos suelen enviar el producto de sus actividades delictivas fuera de las fronteras de sus propios países, pretendiendo con eso evitar la acción de la justicia. Así es que las intrincadas redes financieras internacionales, imprescindibles para hacer posible el normal desarrollo de los negocios en el mundo moderno, han servido de apoyo para que otras redes, las de la corrupción, utilicen los recursos del sistema financiero para favorecer sus intereses espurios. Se vio entonces esta gran oportunidad para llegar a acuerdos sobre el tratamiento que debía brindarse a esos fondos, con el fin de establecer un régimen equitativo para los diferentes actores involucrados y generar los mecanismos para hacer más difícil el accionar corrupto”*.

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

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

Más recientemente, durante los días 11, 12 y 13 de agosto de 2009, se ha desarrollado en Buenos Aires, la “Conferencia Regional de Recuperación de Activos en América Latina y el Caribe”, organizada por la Cancillería Argentina, junto con la OA; la Oficina de las

³ Oficina Anticorrupción, “Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción – Nuevos paradigmas para la prevención y combate de la corrupción en el escenario global”, 2ª edición actualizada, Agosto 2007, pág. 15. La versión digital de esta publicación se puede obtener en el sitio de la OA: <http://www.anticorrupcion.gov.ar/documentos/Libro%20CNUCC%202ed.pdf> .



*Ministerio de Justicia
Seguridad y Derechos Humanos
Oficina Anticorrupción*

Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC); y el Banco Mundial, a través de su Iniciativa StAR⁴ (por las siglas de la conjunción en inglés Stolen Assets Recovery).

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

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

2.- SITUACIÓN DE LA JUSTICIA ARGENTINA

Antes de abordar la cuestión atinente al recupero de activos en los casos de corrupción, es preciso realizar una suerte de diagnóstico respecto de la situación actual que atraviesan el derecho penal y los órganos del Poder Judicial de la Nación, en donde las acciones de recupero deben llevarse a la práctica.

En la Argentina la dogmática tradicional en materia penal y la práctica de los órganos del Poder Judicial de la Nación, principalmente concentran su atención y sus esfuerzos en la investigación de los hechos que configuran los delitos de corrupción y, en igual medida, en la atribución de las responsabilidades que les corresponden a los funcionarios públicos y

⁴ La iniciativa StAR fue puesta en marcha en septiembre de 2007, conjuntamente por el Grupo del Banco Mundial y la UNODC. Su finalidad es promover y facilitar la restitución sistemática y oportuna de activos que sean producto de la corrupción y mejorar los resultados logrados a nivel mundial en cuanto a la devolución de activos robados, con objeto de llegar en último término a una situación en que no haya refugios seguros para ocultarlos. Más información sobre esta iniciativa puede ser consultada en el sitio <http://web.worldbank.org/WBSITE/EXTERNAL/NEWS/0,,contentMDK:21475688~pagePK:34370~piPK:34424~theSitePK:4607,00.html>.



*Ministerio de Justicia
Seguridad y Derechos Humanos
Oficina Anticorrupción*

2009 - Año de homenaje a Raúl Scalabrini Ortiz -

particulares implicados en aquellos actos. Este enfoque hace que en los usos forenses se posterguen asuntos esenciales, como son el recupero de los activos derivados de aquellos delitos o la reparación de los daños ilícitamente ocasionados.

Tradicionalmente en nuestro país, el derecho penal ha sido concebido como un ámbito en el que sólo pueden juzgarse hechos y conductas, a partir de la acción y de la culpabilidad de las personas físicas involucradas. Para esta concepción el delito es siempre la consecuencia de una acción típica, antijurídica y culpable de una persona física que domina sus actos y tiene conocimiento e intención en los resultados de su acción. En consecuencia, bajo esa visión clásica, el poder penal se encuentra restringido frente a otros modos de atribución de responsabilidades (como ser responsabilidades de tipo objetivas o las derivadas de la falta del debido control) y muchas veces, en la tramitación de causas penales, se dejan de lado cuestiones tan importantes como la reparación del daño sufrido por las víctimas o la neutralización de los beneficios generados a raíz de un actuar delictivo.

Hoy en día encontramos que el Poder Judicial de la Nación, especialmente la Justicia Nacional en lo Criminal y Correccional Federal, en donde tramitan las causas por hechos de corrupción⁵, se encuentra en una difícil situación institucional. Este atraviesa una crisis estructural en donde sus juzgados, tribunales y cámaras se encuentran abarrotados de casos complejos; ello, tanto por la cada vez mayor voluminosidad de las actuaciones en trámite, como por lo intrincado de las maniobras que allí son investigadas. Ese contexto general podría ser explicado por múltiples razones que escapan al cometido de este análisis. Sin embargo, entre algunas de esas causas podrían mencionarse el notable aumento de la cantidad de expedientes que tramitan ante los órganos judiciales y la reapertura de una gran cantidad de causas en las que se investigan las violaciones a los derechos humanos ocurridas durante la última dictadura militar argentina ocurrida entre los años 1976 y 1983.

⁵ Cuando nos referimos en forma genérica a hechos de corrupción, nos remitimos a todas las figuras típicas que el Código Penal prevé para los delitos cometidos en perjuicio de la Administración Pública.



*Ministerio de Justicia
Seguridad y Derechos Humanos
Oficina Anticorrupción*

Además de esas dificultades, es preciso marcar que por lo general las causas de contenido económico, entre las que comúnmente encontramos a las de corrupción, suelen carecer de una afectación patrimonial concreta con miras a la recuperación del patrimonio estatal afectado por los hechos investigados. Esta carencia es un déficit corriente, tanto en la implementación de políticas públicas de recupero de activos por parte de los poderes ejecutivo y legislativo, como en la estrategia que comúnmente es implementada en las investigaciones, por parte de los distintos órganos del poder judicial.

Pero además de la escasez de investigaciones de contenido patrimonial, que reconocemos en algunos casos puede resultar una tarea engorrosa, suele advertirse que, en casos donde hubo algunas medidas cautelares decretadas, las mismas terminan resultando caducas por el vencimiento de los plazos de las anotaciones registrales de los bienes afectados⁶.

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

3.- OBJETIVOS DE LA OA EN MATERIA DE RECUPERO

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

⁶ La medida recién se hace efectiva a partir de la fecha en que Registro toma razón y anota la medida y, de haberse concretado las anotaciones en los respectivos registros, las mismas habrían caducado –según Art. 37, inc. b), de la Ley 17.801- de pleno derecho antes de que la causa tenga radicación en el TOF N° 4.



*Ministerio de Justicia
Seguridad y Derechos Humanos
Oficina Anticorrupción*

Este cambio que proponemos tiende a que, además de la ardua tarea llevada adelante con esmero en la investigación de los hechos de corrupción y en la atribución de las responsabilidades penales que les incumba a los sujetos implicados en esos hechos, se preste también una especial atención en la cuestión atiente al RECUPERO DE ACTIVOS y, en especial, al decomiso de aquellos bienes que resulten ser el provecho o beneficio de los delitos de corrupción.

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

En definitiva, el cambio que proponemos se orienta a buscar que el derecho penal se ocupe también de la reparación de los graves daños ocasionados por los actos de corrupción; ello, con el convencimiento de que el recupero de los activos ilícitamente obtenidos constituye uno de los elementos esenciales en la erradicación de la impunidad en los casos de corrupción.

Esta reforma también se propone como una acción dirigida a la prevención, dado a que se intenta mostrar señales concretas para desalentar, tanto a los funcionarios públicos, como al sector privado⁷ de su participación en eventuales negocios corruptos. Bajo esta idea creemos que si una persona, tanto física como jurídica, puede verse ante un riesgo concreto de enfrentarse, además de a un extenso proceso penal, a acciones concretas dirigidas contra su patrimonio y contra los bienes o ganancias que estimativamente se obtendrían de la intervención en un negocio de estas características, a la hora de calcular sus costos y beneficios,

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



*Ministerio de Justicia
Seguridad y Derechos Humanos
Oficina Anticorrupción*

aquellas tendrán un fuerte desincentivo para finalmente decidir su no participación en dichos actos⁸.

En otro orden de ideas, consideramos que este CAMBIO CULTURAL exige el compromiso de esta Oficina; de todos los funcionarios de la Administración Pública; de los magistrados y funcionarios del Poder Judicial de la Nación y Ministerio Público Fiscal; de las fuerzas o actores que prestan colaboración con la justicia en las investigaciones, como divisiones de las policías de investigaciones o gendarmería; y de los legisladores. Pero además de todos ellos, consideramos que para que este cambio de visión y de esquemas de acción sea efectivo, también resulta ineludible involucrar a la sociedad civil.

En ese contexto, en los últimos tiempos, la Oficina ha venido estrechado sus vínculos con organizaciones de la sociedad civil que centran su actividad específicamente en la prevención e investigación de delitos de contenido económico. Como por ejemplo, el caso del Centro de Investigación para la Prevención de la Criminalidad Económica (CIPCE) que como meta final se ha propuesto articular la persecución de la criminalidad económica con la implementación de un sistema adecuado de normas y, en especial, la creación de un modelo integrado que permita obtener la recuperación de los activos pertenecientes, tanto a los fondos públicos como a los privados provenientes de los ilícitos económicos y conexos.

En esa dirección, desde su rol de parte querellante, la Oficina Anticorrupción ha favorecido la intervención de estas organizaciones en las causas donde se investigan hechos de corrupción con el fin de promover, de acuerdo con la Convención Interamericana contra la Corrupción y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, la participación ciudadana en la prevención y lucha contra la corrupción.

⁸ Para esta idea partimos de la premisa que el principal móvil que lleva a los sujetos a participar en los casos de corrupción es de contenido económico. Aunque aquí estemos haciendo generalizaciones que muchas veces no pueden comprender la totalidad de los casos, podríamos afirmar que en la mayoría de ellos, lo que sus actores buscan es, ni más ni menos, obtener extraordinarias ganancias a costas del erario público.



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

Si bien este informe primordialmente se centrará en la figura del decomiso de los activos o bienes que resulten ser el producto o provecho de un delito, esa no es la única acción posible para encarar una restitución de bienes.

De ese modo cuando en términos generales se habla de mecanismos de recupero de activos, tras dicha idea, en realidad se encuentra un catálogo de distintas posibilidades entre las que podemos encontrar las siguientes acciones:

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

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

Respecto de la primera de las acciones mencionadas, en su sitio de internet la OA ha publicado un trabajo de consultoría realizado para este organismo por el Dr. Diego Freedman⁹. En ese estudio, de manera pormenorizada, se han analizado todos los presupuestos de la responsabilidad civil, los tipos de responsabilidad que habilitan la instancia del reclamo y

⁹ Ver trabajo en: <http://www.anticorrupcion.gov.ar/documentos/Reg.%20del%20Dec.Derecho%20Comp.PDF>.



Ministerio de Justicia
Seguridad y Derechos Humanos
Oficina Anticorrupción

las distintas vías a través de las cuales esta acción puede ser canalizada, por lo cual, para no reiterar los conceptos que extensamente fueron abordados en dicha oportunidad, aquí sólo nos remitiremos a los conceptos esgrimidos en ese trabajo.

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

En ese caso¹⁰, la Dirección General de Asuntos Jurídicos del Ministerio de Justicia, en calidad de órgano integrante del Cuerpo de Abogados del Estado, sostuvo que *“con el régimen general en materia de representación del Estado en juicio (vertebrado fundamentalmente a base del artículo 66 de la Ley Nº 24.946) coexiste un régimen especial que atribuye a la OFICINA ANTICORRUPCIÓN –a través de la Dirección de Investigaciones- facultades suficientes para intervenir como parte querellante en los procesos en los que se encuentre afectado el patrimonio estatal; ello, siempre que el titular de la Oficina estime pertinente la asunción de dicho rol”*. Pero, aunque se reconoció la facultad de la OA de ser querellante, en esa ocasión se descartó la posibilidad de que la OA intente ejercer la titularidad de la acción civil, incluso dentro del proceso penal en los términos del Art. 15 del Código Procesal Penal de la Nación (CPPN) -Ver Dictamen Nº 2712/2000, de la Dirección de Asuntos Jurídicos, de fecha 4 de agosto de 2000, en la Carpeta Nº 634 –Oficina Anticorrupción-.

El citado criterio emitido por la Dirección de Asuntos Jurídicos, fue luego compartido por el Sr. Procurador del Tesoro de la Nación, Dr. Ernesto Alberto Marcer, en su Dictamen de fecha 12 de septiembre de 2000.

En esas actuaciones, la PTN convalidó la posibilidad de que la OA intervenga en los procesos penales bajo el rol de parte querellante, por entender que en materia de la intervención de la OA para querellar rige un régimen especial distinto al de representación del Estado en juicio y, en consecuencia, que ese rol es perfectamente válido; pero sin embargo,

¹⁰ Carpeta PTN Nº 634 –Oficina Anticorrupción-.



*Ministerio de Justicia
Seguridad y Derechos Humanos
Oficina Anticorrupción*

2009 - Año de homenaje a Raúl Scalabrini Ortiz -

determinó que las acciones civiles de índole resarcitorias debían ser impulsadas por los Servicios Jurídicos que según el organismo afectado correspondan, sin perjuicio de que ellas puedan ser instadas por la OA.

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

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

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

Sobre este problema, entre las conclusiones de la Conferencia Regional de Recuperación de Activos en América Latina y el Caribe, mencionada en el primer punto de este informe, se ha destacado que el tiempo es considerado uno de los factores esenciales en los casos de recuperación de activos. En ese sentido, ya que alcanzar un juicio final podría demandar un tiempo significativo, se ha recomendado como medida de suprema importancia, la adopción de decisiones rápidas sobre el congelamiento de activos. Asimismo, en dicha



Ministerio de Justicia
Seguridad y Derechos Humanos
Oficina Anticorrupción

oportunidad se sugirió como buena práctica por parte de los Estados que las investigaciones financieras se inicien en paralelo a la investigación de la conducta criminal.

En lo que hace a la cuestión específica de la prolongación de las investigaciones, el Dr. Guillermo Jorge realizó para la OA un estudio de campo respecto de un muestreo de 45 causas instruidas por hechos de corrupción ante el fuero criminal y correccional federal de la Capital Federal¹¹. Los datos obtenidos en dicho estudio arrojaron que el lapso promedio entre el hecho de corrupción y la denuncia es de 38 meses. Luego que, entre la denuncia y el llamado a indagatorias, en promedio transcurren otros 28 meses. Y, finalmente, que el tiempo de duración promedio que las instrucciones en los casos de corrupción demanda, es de 66 meses.

El transcurso de los lapsos indicados, en su conjunto beneficia a los sujetos involucrados en casos de corrupción quienes, gracias a las facilidades dadas pueden, a través de operaciones financieras, transferencias simuladas o utilización de personas interpuestas, sustraer ficticiamente de sus patrimonios los fondos y activos físicos de que dispongan. De este modo la tarea de rastrear, detectar bienes y/o establecer una ruta del dinero en los casos de múltiples transferencias puede resultar una tarea ardua y, en muchos casos, infructuosa; ello, máxime cuando para aquellos fines se recurre a las plazas financieras *of-shore*, o a la utilización de corresponsalías bancarias y cuentas concentradoras, que tornan mucho más difícil la tarea de rastreo.

En las condiciones mencionadas anteriormente, la justicia comúnmente se encuentra con imputados que, desde el aspecto formal, no tienen bienes en sus patrimonios.

En de las reuniones de trabajo mantenidas en el marco del proyecto “Hacia una política de recuperación de activos de la corrupción en Argentina”, organizadas por la Universidad de San Andrés, con la dirección del profesor Guillermo Jorge, se ha destacado la importancia en que, desde el inicio de las investigaciones penales, se contemple el tema de los activos que deberían ser rastreados y controlados con el fin de recuperarlos en el futuro. En ese

¹¹ Dicho trabajo se realizó mediante un contrato de obra financiado con una donación efectuada a favor de la OA por el Banco Mundial.



Ministerio de Justicia
Seguridad y Derechos Humanos
Oficina Anticorrupción

2009 - Año de homenaje a Raúl Scalabrini Ortiz -

contexto, el Dr. Guillermo Jorge explicó que generalmente los acusados se insolventan ante la posibilidad de que se le apliquen medidas cautelares. Asimismo, señaló la necesidad de contemplar un nuevo paradigma del derecho penal y explicó que el objetivo del referido proyecto era observar cómo se relacionan las agencias en las investigaciones y qué puntos se pueden modificar para que las actividades se realicen mejor en el futuro.

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

Previendo la probable frustración de los fines arriba mencionados, en su último párrafo, el artículo citado dice que *“(s)in 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”*.

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



Ministerio de Justicia
Seguridad y Derechos Humanos
Oficina Anticorrupción

En una serie de precedentes recientes, la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal, de la Capital Federal¹², ha dicho que *“(l)a ley procesal prevé la cautela real como acompañamiento del dictado del auto de procesamiento, mas admite excepcionalmente su adelantamiento “cuando hubiere peligro en la demora y elementos de convicción suficientes que la justifiquen” (cfr. art. 518 in fine C.P.P.N.)”*. Asimismo, que *“(e)n uno u en otro momento su finalidad es asegurar la responsabilidad pecuniaria ante la eventualidad de una condena, lo que supone la necesaria sospecha de participación en un hecho delictivo (Clariá Olmedo, Jorge A. “Derecho Procesal Penal”, Tomo II, Marcos Lerner Editora, Córdoba, 1984, págs. 481/482)”*.

Por último, respecto del momento en que pueden ser adoptadas esas medidas y el estado de sospecha necesario para su procedencia, en esos mismos precedentes la Cámara, con cita a otros antecedentes, entendió que *“(j)unto a la habilitación normativa, la jurisprudencia también ha autorizado el resguardo anticipado cuando existe llamado a prestar declaración indagatoria aún cuando la situación procesal no se halle definida (c. 39.339 “Telleldín, Carlos A. y otros s/ apela embargo preventivo” –Carlos A. González, Jorge L. Rimondi y Gustavo A. Bruzzone-, rta. 20/7/06, reg. 736, entre otros)”*. Y, por lo tanto, se sostuvo que, *“en este sentido, es indicativo de la verosimilitud del derecho la convocatoria a prestar declaración en los términos del artículo 294 del Código Procesal Penal de la Nación”*.

En síntesis, en varios casos se ha resuelto que las medidas cautelares, dispuestas luego de la convocatoria de los imputados a prestar declaración indagatoria, se encontraron justificadas por la existencia de elementos suficientes para su dictado y por la obligación del magistrado de preservar de manera eficiente la posibilidad de reparación de un daño patrimonial derivado de la actividad delictiva imputada. En ese orden de ideas se entendió que el embargo preventivo tendiente a asegurar debidamente el patrimonio de las personas contra

¹² Ver Sala I de la CNACCF, causa N° 41.348, caratulada “Tettamanti, Alejandro Rubén s/ apela embargo preventivo”, reg. N° 1048; causa N° 41.168, caratulada “Ulloa, Néstor s/ apela embargo preventivo”, reg. N° 1049 y causa N° 41.152, caratulada “Gueler, Rubén s/ apela embargo preventivo”, reg. N° 1050, entre muchos otros.



Ministerio de Justicia
Seguridad y Derechos Humanos
Oficina Anticorrupción

quienes se decretó, “resulta ser la única garantía de la hipotética indemnización civil y las costas, amén del decomiso del producto o provecho del delito”¹³.

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

Además del tiempo que insume la instrucción de un delito de corrupción y los efectos de la adopción tardía de medidas cautelares, otras barreras que dificultan la investigación de los activos de los imputados en causas penales son la dispersión de la información registral¹⁴; la oposición del secreto bancario, fiscal y bursátil para las investigaciones preliminares que aún no tramitan ante la justicia y las ya indicadas transferencias simuladas o utilización de personas interpuestas, canalización de activos a través de plazas financieras *of-shore*, o a la utilización de corresponsalías bancarias y cuentas concentradoras.

El colectivo de los problemas indicados, hace que se torne imprescindible la creación de unidades de investigación específicamente dedicadas a este tipo de investigaciones y que cuenten con profesionales o expertos de distintas especialidades y áreas que puedan cubrir aquella tarea, o bien, el fortalecimiento de las divisiones de las fuerzas policiales e investigativas que ya se encuentran colaborando con la justicia.

¹³ Ver resoluciones de fecha 26/06/07 y 4/10/07, dictadas en la causa N° 18.579/06, caratulada “SKANSKA S.A. y otros s/ defraudación contra la Administración Pública”, del registro del Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal N° 7, Secretaría N° 14.

¹⁴ Al respecto puede mencionarse que no existe en la Argentina un registro único de propiedad inmueble, por lo que para constatar si una persona tiene registrados a su nombre casas, departamentos, fincas o estancias, es preciso pedir informes a todas las jurisdicciones donde se suponga que esa persona pueda tener asiento o actividades comerciales.



C) Acciones de decomiso:

La tercer medida apuntada para perseguir el recupero de activos ilícitamente obtenidos son las acciones de decomiso y en especial aquellas dirigidas contra las cosas o ganancias que resulten ser el producto o el provecho del delito.

Las acciones contra este tipo de bienes recién se hicieron posibles a partir de la sanción de la Ley N° 25.815, del 1º de diciembre de 2003, ya que anteriormente el decomiso sólo era procedente contra las cosas utilizadas para cometer el delito¹⁵, o contra las cosas que eran el objeto del delito¹⁶.

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

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

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

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

¹⁵ Por ejemplo, un arma de fuego, un automóvil o un avión en casos de contrabando.

¹⁶ Por ejemplo, las sustancias estupefacientes, un documento adulterado o los billetes o monedas apócrifos.



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

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

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

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

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

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



*Ministerio de Justicia
Seguridad y Derechos Humanos
Oficina Anticorrupción*

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

En primer lugar, corresponde dirigirlas directamente contra las personas físicas imputadas en las investigaciones criminales o contra aquellas que se hayan visto beneficiadas a título gratuito (Art. 23, párrafos 1° y 4°, respectivamente, del CP), respecto de las cuales se reiteran todas las barreras y obstáculos desarrollados en el punto precedente. Pero además de las personas físicas, este tipo de acciones también puede ser intentado contra las personas jurídicas a través de las cuales el autor o los partícipes del delito hayan actuado como mandatarios, órganos, miembros o administradores (Art. 23, párrafo 3°, del CP).

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

Sobre las medidas dirigidas contra las personas jurídicas, observamos que las empresas son las primeras beneficiarias por los casos de corrupción. En ese sentido, en los casos donde los flujos de fondos del delito circulan desde el Estado a los privados, generalmente son las empresas las que primero registran en su contabilidad el ingreso del dinero proveniente del Estado y luego, mediante la utilización de facturación apócrifa, sociedades cáscara o vehículos corporativos esos fondos son distribuidos entre los ejecutivos privados y en algunos casos, parte de esos fondos retornan a los funcionarios públicos involucrados. Pero, en la mayoría de los casos, son las empresas las que, en proporción, registran las mayores ganancias generadas por los grandes negociados corruptos.



Ministerio de Justicia
Seguridad y Derechos Humanos
Oficina Anticorrupción

Respecto de las ventajas o facilidades de dirigir una acción contra una corporación se observa que, al tener las empresas una actividad comercial notoria, las barreras en cuanto a la detección y seguimiento de activos son menos rígidas. En ese sentido, por el hecho de que las mismas paguen los sueldos de sus empleados regularmente, sean contribuyentes controladas por las agencias fiscales, realicen operaciones comerciales, tengan establecimientos o sedes comerciales conocidas, sean titulares de fondos de comercio, estén registradas ante la Inspección General de Justicia, e incluso, en el caso de que sean sociedades abiertas¹⁷, que tengan el control de la Comisión Nacional de Valores, la detección y seguimiento de sus activos presenta menores dificultades que en los casos de personas físicas.

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

Por último, respecto de estas acciones de decomiso, debe apuntarse que, si bien la Argentina adhirió a la CNUCC que reclama la implementación de acciones de decomiso sin sentencia condenatoria y, a pesar de haberse presentado ante el Congreso de la Nación un proyecto de ley para incluir al Código Penal la figura del decomiso sin sentencia¹⁸, hoy en día en la Argentina, la acción prevista por el Artículo 23 del Código Penal, es una acción que requiere

¹⁷ Se entiende por sociedades abiertas aquellas cuyo capital social, total o parcialmente, está representado por acciones que se comercializan a través de la oferta pública.

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



Ministerio de Justicia
Seguridad y Derechos Humanos
Oficina Anticorrupción

de una sentencia judicial sobre el fondo del hecho de corrupción investigado y sobre la participación de los sujetos involucrados en ese hecho.

Sobre las diferencias entre ambos procedimientos, muchos trabajos han descrito las virtudes y defectos de las acciones de decomiso previo sin sentencia, tales como la acción de “Extinción del Dominio” de Colombia, o el “Non-Conviction Based (NCB) Asset Forfeiture”, de los Estados Unidos de América¹⁹.

Respecto de los obstáculos que hoy en día impedirían la incorporación a la legislación local de ese tipo de medidas creemos que en el futuro reciente debe existir un debate más amplio.

Sin embargo, como más adelante se describirá, creemos que con las herramientas dadas por el Art. 23 del CP y la correcta y anticipada aplicación de medidas cautelares que puedan asegurar el decomiso que eventualmente se decrete al dictarse la sentencia condenatoria, se puede lograr una adecuación armónica entre el ordenamiento legal interno y el mandato dado por el artículo 54.1, inciso c), de la CNUCC, que insta a los Estados Parte a considerar la *“posibilidad de adoptar las medidas que sean necesarias para permitir el decomiso de esos bienes (refiriéndose a los adquiridos mediante la comisión de un delito tipificado con arreglo a la Convención) sin que medie condena”*.

Recientemente, mediante resolución de fecha 8 de mayo de 2009, el juez federal Norberto M. Oyarbide, quien se encuentra a cargo de la investigación de la causa conocida como “Skanska”²⁰ dispuso, tal como lo había solicitado la OA, el embargo preventivo contra la empresa Skanska S.A. en un monto superior a los 17 millones de pesos, e intimó a dicha firma a

¹⁹ Al respecto pueden citarse, el estudio de consultoría efectuado para la OA por Diego Freedman, ya mencionado en la cita 5; como así también la obra “Recuperación de Activos de la Corrupción”, de Guillermo Jorge, Editores del Puerto S.R.L., año 2008; o el trabajo de la referida Iniciativa StAR titulado “Stolen Asset Recovery – A GOOD PRACTICES GUIDE FOR NON-CONVICTION BASED ASSET FORFEITURE”, de Theodore S. Greenberg, Linda M. Samuel, Wingate Grant y Larissa Gray, que puede ser descargado del sitio <http://siteresources.worldbank.org/EXTSARI/Resources/NCBGuideFinalEBook.pdf>.

²⁰ Causa N° 18579/06, caratulada “SKANSKA S.A. y otros s/ defraudación contra la administración pública”, del registro del Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal N° 7, Secretaría N° 13.



que dentro del término de 72 horas de a embargo esa suma; ello, bajo apercibimiento de ordenarse diligencias correspondientes a efectos de arribar a ella. La mencionada medida fue finalmente formalizada mediante la suscripción de un seguro de caución por parte de la empresa cautelada.

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

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

Este tipo de acciones, basadas en el principio de restitución de las ganancias indebidas, son distintas e independientes de las acciones que, dentro o fuera del proceso penal, se orientan a obtener la reparación de un daño ilegítimamente ocasionado²¹.

En ese orden de ideas vemos como las primeras tienden a que las cosas vuelvan, al menos respecto de su beneficiario, al estado anterior a la comisión de los hechos ilícitos. Es decir, buscan que con el delito no se obtenga un beneficio ilegítimo. Y en el segundo caso, en cambio, si bien también se pretende restablecer una situación previa a la comisión de un delito, allí la atención se centrará en la víctima, ya que la acción se dirige a la restitución de los bienes que le fueron ilegítimamente sustraídos o, en caso de que ello no sea posible, a otorgarle a la víctima una reparación suficiente que pueda compensarle el daño ilegítimamente ocasionado.

²¹ Acciones que fueron tratadas en el punto 4.a) de este trabajo.



Ministerio de Justicia
Seguridad y Derechos Humanos
Oficina Anticorrupción

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

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

Si bien es cierto que en nuestro derecho, el decomiso fue tradicionalmente considerado como una pena accesoria, creemos que a partir de la sanción de la Ley N° 25.815, del 1º de diciembre de 2003, esta concepción fue abandonada pues se introdujo la posibilidad de decomisar los bienes en poder de sujetos no condenados ni sometidos a proceso. Este es por ejemplo, el caso de los mandantes o personas jurídicas que resultaron beneficiados por el delito del mandatario o de los administradores de la persona jurídica²².

En consecuencia, y contrariamente a lo que se ha planteado en algunos casos, este tipo de medidas no constituyen una pena²³, en el sentido del castigo a un sujeto condenado por la comisión de un delito. Por el contrario, lo que se intenta con ellas es

²² Cfr. Marcelo Colombo y Agustina Stabile, “Reformas legales necesarias en materia de recuperación de activos”, La Ley 2005-D, 1400.

²³ Sobre este punto, en la citada causa “Skanska”, el Dr. Oyarbide destacó que: *“la adopción del criterio señalado, en nada importa atribuir responsabilidad penal a la firma Skanska S.A. en orden a los hechos que constituyen objeto de investigación, sino que pretende evitar para el supuesto de verificarse la existencia del delito, en oportunidad de dictarse una presunta condena, la consolidación de los provechos o beneficios de éste”*.



recuperar un bien adquirido por los mandatarios o representantes de una persona de existencia ideal. Estas acciones se erigen sobre la premisa que el derecho de propiedad sólo existe en la medida en que ella sea adquirida a través de los medios que el derecho permite. Por lo tanto, la propiedad adquirida en base a la comisión de hechos ilícitos (los propios o los de un tercero) está viciada en su origen y, en consecuencia, no puede sostenerse válidamente un derecho respecto de ésta²⁴.

Según la publicación recién citada, con este cambio de perspectiva introducido por la ley 25.815, que permitió ver al decomiso como una medida dirigida a impedir el provecho derivado de hechos ilícitos (sobre el que no existe ningún derecho de propiedad), este instituto se ha adecuando a la forma que el mismo es regulado por otros Estados²⁵.

6.- NORMAS INTERNACIONALES DE APLICACIÓN

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

²⁴ Marcelo Colombo y Agustina Stabile, *Ídem*.

²⁵ Al respecto señalaron que los Estados Unidos, por ejemplo, prevén además del llamado `decomiso criminal`, un `decomiso civil` que, a diferencia del primero, puede dictarse antes de que recaiga condena criminal y puede dirigirse no sólo contra la propiedad de quien participó en el hecho ilícito sino también contra cualquier tercero que posea los bienes que constituyan el producto del delito.



Ministerio de Justicia
Seguridad y Derechos Humanos
Oficina Anticorrupción

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

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

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

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

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

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

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



Ministerio de Justicia
Seguridad y Derechos Humanos
Oficina Anticorrupción

*menoscabo de cualquier otra facultad de embargo preventivo o incautación”
(inciso 5º).*

Específicamente, respecto de la acción de decomiso, la CNUCC dedica su Capítulo V²⁶ enteramente a la Recuperación de activos. Allí en su artículo 51 se establece que *“(l)a restitución de activos con arreglo al presente capítulo es un principio fundamental de la presente Convención y los Estados Parte se prestarán la más amplia cooperación y asistencia entre sí a ese respecto.”*

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

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

Art. 26: Responsabilidad de las personas jurídicas

1.- “Cada Estado Parte adoptará las medidas que sean necesarias, en consonancia con sus principios jurídicos, a fin de establecer la responsabilidad de personas jurídicas por su participación en delitos tipificados con arreglo a la presente Convención”.

2.- “Con sujeción a los principios jurídicos del Estado Parte, la responsabilidad de las personas jurídicas podrá ser de índole penal, civil o administrativa”.

²⁶ Artículos 51 a 59, ambos inclusive.



3.- *“Dicha responsabilidad existirá sin perjuicio de la responsabilidad penal que incumba a las personas naturales que hayan cometido los delitos”.*

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

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

Por la aplicación del Art. 75, inciso 22, de la Constitución Nacional, las normas emanadas de las convenciones internacionales ratificadas por el país, tienen una jerarquía superior a las Leyes de la Nación. En función de ello, se torna imprescindible que los órganos internos adopten las medidas necesarias para la identificación, localización, embargo preventivo o la incautación de los bienes que resulten ser el producto de los delitos que se investigan en los casos de corrupción, o de los bienes en que ellos se hayan transformado o con los que se hayan mezclado.

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

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



Ministerio de Justicia
Seguridad y Derechos Humanos
Oficina Anticorrupción

2009 - Año de homenaje a Raúl Scalabrini Ortiz -

En ese sentido esta Oficina ha sostenido que, encontrándonos frente a supuestos expresamente previstos en la CNUCC, la adopción de medidas cautelares con fines de asegurar un eventual decomiso, resultan ser los mecanismos que mejor se adecuan a los principios y compromisos asumidos por el Estado. En conexión con este punto, en reiteradas oportunidades, la CSJN ha dicho que *“(c)uando la Nación ratifica un tratado que firmó con otro Estado, se obliga internacionalmente a que sus órganos administrativos y jurisdiccionales -y legislativos- lo apliquen a los supuestos que ese tratado contemple, siempre que contenga descripciones lo suficientemente concretas de tales supuestos de hecho que hagan posible su aplicación inmediata”* (Ver Fallos 315:1492, “EKMEKDJIAN, Miguel ángel c/ SOFOVICH, Gerardo y otros”, del 7/07/1992; Fallos 324:204, “Dr. Karl Thomas Gesellschaft Mit Beschränkter Haftung c/ Instituto Nacional de la Propiedad Industrial y otro s/ denegatoria de patente”, del 13/02/2001, disidencia de los Dres. Boggiano y López; Fallos 324:3143, Alianza “Frente para la Unidad” s/ oficialización listas de candidatos”, del 27/09/2001, voto del Dr. Boggiano; Fallos 326:2805, “VIDELA, Jorge Rafael s/ incidente de excepción de cosa juzgada y falta de jurisdicción”, del 21/08/2003, voto Dr. Maqueda; Fallos 326:3268, “Hagelin, Ragnar Erland s/ recurso art. 445 bis C.J.M”, del 8/09/2003, voto Dr. Boggiano; Fallos 326:3882, “Cámara Argentina de Empresas de Seguridad e Investigación c/ Gobierno Nacional -Ministerio de Defensa y Dirección Nacional de Policía Aeronáutica”, del 30/09/2003; Fallos 327:388, “Romero Cacharane, Hugo Alberto s/ ejecución penal”, del 9/03/2004, voto Dr. Boggiano; Fallos 328:2056, “Simón, Julio Héctor y otros s/ privación ilegítima de la libertad, etc. (Poblete) -causa N° 17.768-”, del 14/06/2005, voto del Dr. Boggiano; y Fallos 331:2663, “Dragoevich, Héctor Ramón c/ M° J y DD.HH. s/ art.3 ley 24.043”, del 2/12/2008.

Respecto de esa obligación internacional asumida por el Estado, también corresponde remarcar que la CSJN ha dicho que *“(s)u incumplimiento podría importar una violación de las obligaciones internacionales del Estado Argentino, con su consiguiente responsabilidad”* (Fallos 324:3143 citado en el párrafo precedente). También que la obligación de aplicar los tratados por parte del Estado, tiende a *“no comprometer su responsabilidad internacional”* (cfr. Fallos 325:292, “Portal de Belén – Asociación Civil sin fines de Lucro c/ MSyAS de la Nación s/ amparo”, del 5/03/2002); y que *“la prescindencia de las normas*



Ministerio de Justicia
Seguridad y Derechos Humanos
Oficina Anticorrupción

2009 - Año de homenaje a Raúl Scalabrini Ortiz -

internacionales por los órganos internos pertinentes puede originar responsabilidad internacional del Estado Argentino” (Fallos 326:3882 y 331:2663 citados anteriormente).

Por su parte, el Dr. Antonio Boggiano, en su voto en causa E. 224. XXXIX, “Espósito, Miguel Ángel s/ incidente de prescripción de la acción penal promovido por su defensa -Bulacio, Walter David-“, dijo que *“corresponde a la Corte Suprema velar porque la buena fe que debe regir el fiel cumplimiento de las obligaciones emanadas de los tratados no se vea afectada a causa de actos u omisiones de sus órganos internos. Los tribunales locales deben adoptar las medidas necesarias para evitar que el Estado incurra en responsabilidad internacional por incumplimiento de un tratado”* –CSJN Fallos 327:5668-.

8.- ALCANCE DEL DECOMISO CONTRA LAS PERSONAS JURÍDICAS

Como ya se señaló en el punto 4, apartado c) del presente, el Art. 23 del Código Penal establece que *“en todos los casos en que recayese condena por delitos previstos en este Código o en leyes penales especiales, la misma decidirá el decomiso de las cosas que han servido para cometer el hecho y de las cosas o ganancias que son el producto o el provecho del delito, en favor del Estado nacional, de las provincias o de los municipios, salvo los derechos de restitución o indemnización del damnificado y de terceros.”* Y, luego, en su párrafo 3º, se establece que, *“cuando el autor o los partícipes han actuado como mandatarios de alguien o como órganos, miembros o administradores de una persona de existencia ideal, y el producto o el provecho del delito ha beneficiado al mandante o a la persona de existencia ideal, el comiso se pronunciará contra éstos.”*

En la sociedad actual, y especialmente en el campo de la criminalidad económica, día a día cobra mayor relevancia la participación de las empresas o sociedades mercantiles



Ministerio de Justicia
Seguridad y Derechos Humanos
Oficina Anticorrupción

2009 - Año de homenaje a Raúl Scalabrini Ortiz -

como sujetos económicos de mayor trascendencia en el mundo moderno; máxime cuando, como en el caso de las grandes corporaciones multinacionales, ellas constituyen complejas organizaciones con distintos niveles de mando, control y ejecución.

Ahora bien, no es intención de esta propuesta entrar en la vieja discusión acerca de la posibilidad de atribuir responsabilidades de naturaleza penal a las personas jurídicas o no²⁷, sino que partimos de la premisa de que, en principio, con el ordenamiento legal vigente y en los casos de corrupción, la dogmática penal contemporánea hoy no puede serles aplicada a las personas jurídicas²⁸.

No obstante ello, como recién se refiriera, no puede dejar de considerarse la predominante participación de las personas jurídicas en el mundo de la economía moderna y más precisamente en el ámbito de los delitos de contenido económico.

Sin perjuicio de que no se les pueda atribuir responsabilidades penales, el derecho reconoce la personalidad legal a las sociedades comerciales y otras personas de existencia ideal; personalidad que es distinta de las de sus miembros. Por lo tanto, valiéndose de la intervención de sus representantes, ellas tienen capacidad de actuar, de adquirir derechos y de contraer obligaciones. Asimismo, el ordenamiento legal también permite atribuirles como propios, elementos que les son constitutivos y, entre esos elementos ellas tienen un patrimonio con entidad propia, que reúne los requisitos de individualidad y de universalidad, en el sentido de estar integrado por bienes perfectamente diferenciados de los pertenecientes a sus integrantes (ver arts. 30 al 44 del Código Civil).

Además de ello, debe tenerse en especial consideración que el Art. 43, del Código Civil, establece que *“las personas jurídicas responden por los daños que causen quienes las dirijan o administren, en ejercicio o con ocasión de sus funciones. Responden también por los*

²⁷ Ya planteada por el propio Dalmacio Vélez Sarfield, en el año 1869 en la redacción del Art. 43 del Código Civil.

²⁸ Esa situación puede llegar a cambiar ya que el Anteproyecto de Reforma del Código Penal, impulsado por el MJyDH mediante resoluciones N° 303/04 y 136/05, prevé la aplicación de sanciones de contenido económico para las personas jurídicas.



Ministerio de Justicia
Seguridad y Derechos Humanos
Oficina Anticorrupción

daños que causen sus dependientes o las cosas, en las condiciones establecidas en el título: “De las obligaciones que nacen de los hechos ilícitos que no son delitos””.

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

Como ya se resaltó, en los delitos de contenido económico producidos en el marco de grandes contratos de obra pública y en los de prestación de bienes y servicios, que constituyen un importante foco de casos de corrupción, el Estado comúnmente contrata con empresas, e incluso, por la magnitud de los contratos públicos, con agrupamientos empresarios tales como las uniones transitorias de empresas (UTE). En ese contexto las empresas contratistas son las que lisa y llanamente se benefician con aquellos contratos porque son las primeras en canalizar los flujos de fondos que egresan del erario público y por lo tanto no puede sostenerse que ellas sean ajenas a las maniobras desarrolladas por sus mandatarios o representantes.

En el fallo dictado en la referida causa “Skanska”, el juez indicó que en *“este caso el comiso no conserva su calidad de pena accesoria, porque la ley no exige que el mandante haya sido partícipe en el delito; y las personas de existencia ideal no son susceptibles de responsabilidad penal, teniendo la medida por finalidad reponer las cosas al estado anterior de la comisión del ilícito y evitar que no se obtengan beneficios de su perpetración, intenciones que*



Ministerio de Justicia
Seguridad y Derechos Humanos
Oficina Anticorrupción

hayan asimismo concreción legislativa también en los artículos 29, inciso 1º y 32 del Código Penal²⁹.

Y puntualmente sobre la directa vinculación entre el flujo de fondos públicos y la empresa contratista se concluyó que los beneficios del accionar de las personas físicas que habrían intervenido en los hechos allí investigados, en cabeza de los ejecutivos de la empresa, *“habrían sin duda redundado en provecho de la persona de existencia ideal, de la cual fueran dependientes”* y más adelante se agregó que *“los extremos apuntados permiten afirmar, que con motivo de los actos referenciados, resultó ser la firma Skanska, quien en definitiva percibiera por parte del fiduciario, las sumas dinerarias convenidas para la realización de las obras comprometidas”* y que en el supuesto de haber existido sobreprecios ilegítimos, que en ese caso significaron la obtención de los beneficios indebidos, tales ganancias habrían redundado a favor del patrimonio de la empresa. En ese orden de ideas se determinó que *“resulta dable concluir que en caso de verificarse el supuesto materia de pesquisa, con el grado de certeza requerido para el dictado de una sentencia condenatoria, independientemente de la responsabilidad penal de aquellos individuos que habrían participado en los delitos, el producto de tales ilícitos habría beneficiado a la firma de referencia - en alusión a Skanska S.A.-, pudiendo ser alcanzada por las previsiones del artículo 23 del Código Penal de la Nación”*.

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

En otro orden de ideas, según la actual redacción del Art. 23, del CP, para que la medida de decomiso prospere, es necesario contar con una sentencia condenatoria contra las personas que, en calidad de mandatarios de alguien o como órganos, miembros o administradores de una persona de existencia ideal hayan intervenido en la comisión del delito y ese requisito es hoy en día ineludible. Sin embargo, una vez llegada la instancia de sentencia

²⁹ En la resolución aquí cuestionada se citó “El comiso en las reformas del Código Penal”, de Breglia Arias, Omar, en DJ 11/10/2006, 1-La Ley 2006-F, 879.



condenatoria, en ese acto deberán incluirse disposiciones como el decomiso, incluso contra sujetos no condenados ni sometidos a proceso³⁰.

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

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

Al ser la sentencia condenatoria -acto formal en el marco de un proceso penal en el que se decide sobre la ocurrencia o no de un delito y establece la atribución de responsabilidades de sus autores o partícipes- un requisito ineludible para la concurrencia del decomiso de los bienes producto del delito en los términos del Art. 23 del CP, el ordenamiento legal contempla la posibilidad que desde el comienzo de las actuaciones se adopten embargos³¹ o medidas cautelares para inmovilizar o congelar los activos sobre los cuales podrá recaer esa acción.

Ante el gran valor que las acciones de recupero de activos deben presentar en el marco de una investigación criminal, sin lugar a dudas la adopción de medidas tendientes a garantizar la incolumidad del patrimonio, en la medida necesaria para posibilitar, en el supuesto

³⁰ Posibilidad, introducida a partir de la sanción de la ley N° 25.815.

³¹ En la práctica forense y en la redacción normativa muchas veces se hace referencia al embargo de modo genérico en alusión a las medidas cautelares, cuyo catálogo aquel integra.



*Ministerio de Justicia
Seguridad y Derechos Humanos
Oficina Anticorrupción*

de recaer sentencia condenatoria, el posible decomiso del producto de tales delitos, devienen procedentes y necesarias.

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

En ese orden de ideas, si bien la medida cautelar no es una sentencia final, tal cual se analizará más adelante, esta presenta como principal virtud la exigencia de estándares probatorios menos rigurosos para su procedencia.

A) Naturaleza de las medidas cautelares:

Por ser acciones preliminares y preventivas, la naturaleza de las medidas cautelares no exige a los magistrados el examen de certeza sobre la existencia del derecho pretendido, sino sólo el de su verosimilitud. Por tal razón, el juicio de verdad en esta materia se encuentra en oposición a la finalidad del instituto cautelar, que no es otra cosa que atender a aquello que no exceda del marco de lo hipotético, dentro del cual, asimismo, agota su virtualidad (ver doctrina de la CSJN de Fallos 306:2060).

Las medidas cautelares son acciones preventivas de tipo económico tendientes a asegurar la ejecución de la pena pecuniaria, la indemnización de la reparación civil y las costas del proceso³². Por lo tanto, este mecanismo se presenta como una solución idónea, ajustada y razonable, a los fines del decomiso; ello, toda vez que se orienta a inmovilizar los patrimonio de los imputados y/o de las personas jurídicas beneficiarias del actuar doloso de sus representantes y, finalmente, a evitar que las personas sospechadas de maniobras ilícitas realicen evasiones

³² Cfr. Art. 518 del CPPN.



tendientes a ocultar y dificultar su detección y este resulta ser la única garantía de la hipotética indemnización civil y las costas, amén del decomiso del producto o provecho del delito³³.

B) Verosimilitud en el derecho:

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

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

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

Luego, respecto de la prueba de que el ente ideal sea el beneficiario de las ganancias del delito, entre muchos otros indicios, podrán argumentarse situaciones concretas como una diferencia sustancial entre los montos presupuestados para un contrato, con los

³³ El art. 30 del CP 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”*.



Ministerio de Justicia
Seguridad y Derechos Humanos
Oficina Anticorrupción

finalmente percibidos por el contratista; la detección de transferencias bancarias que por sus montos sean extrañas al giro normal de la empresa; la incorporación al patrimonio de la entidad de bienes que no se encuentran relacionados con su actividad comercial, o la prueba de la existencia de un margen de utilidad bruta desmedido en comparación con la rentabilidad normal y habitual del mercado en el que la empresa se desenvuelve. Ahora bien, como lo que aquí se requiere es una mera formulación hipotética, la existencia de un peritaje técnico o contable que establezca las condiciones recién descritas no constituye una condición *sine qua non* para acreditar la verosimilitud del derecho en la instancia cautelar.

C) Peligro en la demora:

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

Sin embargo esos indicios, de manera independiente, no son suficientes para la procedencia de una medida cautelar. Para ello, es necesario demostrar, tal como se describió en el apartado anterior, la verosimilitud del derecho. Ambos elementos, verosimilitud y peligro en la demora, se hallan tan íntimamente vinculados entre sí que, a mayor verosimilitud del derecho cabe ser menos exigente con la demostración del peligro en la demora y viceversa, pero ello es posible cuando, de existir realmente tal verosimilitud, se haya probado en forma mínima el peligro en la demora mencionada.

Sobre esta cuestión, como argumento de defensa, no cabría la comprobación acerca de la solvencia o la buena situación económico-financiera de una gran corporación o una empresa en particular. Debe tenerse en cuenta que si la medida cautelar es provisoria, porque se encuentra sujeta a la conclusión final del proceso a través de la sentencia y que esa resolución final puede demandar un largo proceso, la situación presentada al momento del



Ministerio de Justicia
Seguridad y Derechos Humanos
Oficina Anticorrupción

inicio o durante la sustanciación de las actuaciones puede fácilmente modificarse en el tiempo. Por ejemplo, si una empresa tiene una sede y activos en el país, sin una medida concreta que resguarde esos bienes, en el futuro fácilmente podría cambiar de jurisdicción haciendo que, sin una afectación patrimonial específica, la eventual acción de recuperación se torne ineficaz.

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

D) Provisoriedad y variabilidad de la medida cautelar:

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

En cuanto a carácter provisional o interino del instituto, el Art. 202 del Código de Procedimientos en materia Civil y Comercial de la Nación (CPCCN), que rige en el procedimiento penal en materia de embargos preventivos³⁴, establece que *“Las medidas cautelares subsistirán mientras duren las circunstancias que las determinaron. En cualquier momento en que éstas cesaren se podrá requerir su levantamiento”*. En razón de ello, las mismas se erigen como mecanismos procesales que tienden a impedir que el derecho cuya actuación se pretende pierda virtualidad mientras se sustancia la causa judicial que le sirve de marco, es decir que su objetivo consiste en posibilitar el cumplimiento de la sentencia definitiva a dictarse. De allí deviene una de las características esenciales de la precautoria, cual es su provisoriedad, en

³⁴ Ello, de conformidad con el Art. 520 del CPPN, que establece lo siguiente: *“Con respecto a la sustitución del embargo o inhibición, orden de los bienes embargables, forma y ejecución del embargo, conservación, seguridad y custodia de los bienes embargados, su administración, variaciones del embargo, honorarios y tercerías, regirán las disposiciones del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, pero el recurso de apelación tendrá efecto devolutivo”*.



Ministerio de Justicia
Seguridad y Derechos Humanos
Oficina Anticorrupción

tanto su subsistencia y permanencia está condicionada a la vigencia del trámite del juicio principal y al dictado de la resolución que pone fin a la causa.

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

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

Por ejemplo, en el caso Skanska, el juez entendió que *“de practicarse las medidas propuestas por la querrela atinentes a hacer efectivo el embargo dispuesto (ya sea mediante la anotación de la medida en el Registro de la Propiedad Inmueble o inmovilizando fondos de cuentas bancarias), podría verse afectado el normal desarrollo de la actividad comercial de la sociedad, en desmedro de sus derechos, situación ésta que no es la querida por la norma aplicada en este supuesto”*. Y, en ese orden de ideas, y conforme al carácter de sustituible de la medida decretada, hizo lugar al reemplazo de la integración del dinero en efectivo, por el aporte voluntario de un seguro de caución.



10.- MOMENTO EN QUE PUEDE SOLICITARSE LA AFECTACIÓN PATRIMONIAL

Los últimos párrafos del Art. 23 del CP son claros, en cuanto establecen que: “El juez podrá adoptar desde el inicio de las actuaciones judiciales las medidas cautelares suficientes para asegurar el decomiso del o de los inmuebles, fondos de comercio, depósitos, transportes, elementos informáticos, técnicos y de comunicación, y todo otro bien o derecho patrimonial sobre los que, por tratarse de instrumentos o efectos relacionados con el o los delitos que se investigan, el decomiso presumiblemente pueda recaer. El mismo alcance podrán tener las medidas cautelares destinadas a hacer cesar la comisión del delito o sus efectos, o a evitar que se consolide su provecho o a obstaculizar la impunidad de sus partícipes. En todos los casos se deberá dejar a salvo los derechos de restitución o indemnización del damnificado y de terceros”.

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

11.- MEDIDAS CAUTELARES CONCRETAS

Como se adelantó en otros párrafos frecuentemente suele confundirse a la medida cautelar con el embargo, siendo que el segundo es una de las tantas medidas que pueden integrar el catálogo de medidas cautelares. En efecto, el embargo preventivo, técnicamente es la medida que se dirige contra los bienes inmuebles, que tiene validez a partir de su inscripción en el folio real del bien inmueble que se pretende afectar, y por el plazo legal



Ministerio de Justicia
Seguridad y Derechos Humanos
Oficina Anticorrupción

que la legislación prevé³⁵ y su efecto principal es la traba jurídica para que el bien sobre el que la medida se inscribe, sea transferido.

Las disposiciones del embargo se rigen por el Régimen de los Registros de la Propiedad Inmueble, instituido mediante Ley 17.801.

Pero además del embargo, el Art. 23 se refiere a “las medidas cautelares suficientes para asegurar el decomiso del o de los inmuebles, fondos de comercio, depósitos, transportes, elementos informáticos, técnicos y de comunicación, 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”.

Por lo tanto, además del embargo, el juez podrá disponer de una prenda. La prenda es una medida similar al embargo, pero que afecta particularmente a los bienes muebles registrables como automóviles, motos, aeroplanos, buques y embarcaciones, maquinaria agrícola, etc. Al igual que en el caso del embargo, esta medida deberá ser inscripta, según el tipo de activo, en cada uno de los registros públicos.

También para garantizar una futura confiscación de bienes se pueden inmovilizar o congelar fondos bancarios y transferirse a cuentas judiciales o cuentas especialmente puestas a disposición de la justicia, que permanecerán en ese estado hasta la resolución final del caso.

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

³⁵ Cfr. El Art. 37 de la Ley 17.801, el plazo de vigencia de una anotación registral es de cinco años, y puede ser reinscripto o prorrogado por orden judicial.



12.- Administración y disposición final de los bienes decomisados

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

Respecto de los activos físicos, el art. 3° establece los mecanismos para disponer de los bienes secuestrados dejándose a salvo, de manera genérica, la entrega a quienes tengan derechos sobre los mismos³⁶. Entre esos mecanismos se encuentran la subasta pública, la entrega de activos de interés científico o cultural a entidades reconocidas con antecedentes en la materia o la entrega de aeronaves a las autoridades aeronáuticas, entre otras. En los casos de subastas, el artículo prevé que los importes provenientes de ellas se depositarán en las cuentas judiciales antes mencionadas.

Cuando en forma genérica la ley menciona a las personas que tengan derechos sobre los bienes secuestrados, se refiere a los sujetos titulares o poseedores de los efectos secuestrados y que, por no haberse acreditado su participación en un delito o que ellos no constituían su producto, corresponda su devolución. Por otro lado son sujetos con derechos sobre los bienes secuestrados, o su producido, aquellos que resultaron víctimas del delito que tienen el derecho a la restitución de las cosas sustraídas o a la reparación del daño. Finalmente dentro de esta categoría de sujetos con derechos sobre los efectos secuestrados, en función del

³⁶ Debe recordarse que el Art. 23 del CP deja a salvo de la acción de decomiso a los derechos de restitución o indemnización del damnificado y de terceros.



*Ministerio de Justicia
Seguridad y Derechos Humanos
Oficina Anticorrupción*

2009 - Año de homenaje a Raúl Scalabrini Ortiz -

Art. 23 del CP, en los casos que se haya decidido el decomiso de bienes, pueden incluirse al Estado Nacional o a las provincias y municipios.

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

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

Estudio realizado por:

Luis F. Arocena
Asesor Dirección de Investigaciones

Claudia A. Sosa
Directora de Investigaciones

Patricio J. O'Reilly
Coordinador de Investigaciones