

Voces: OFICINA ANTICORRUPCION ~ LAVADO DE DINERO ~ DELITO ECONOMICO ~ DECOMISO

Título: Reformas legales necesarias en materia de recuperación de activos

Autores: Colombo, Marcelo - Stabile, Agustina

Publicado en: LA LEY2005-D, 1400

Los cinco años de funcionamiento de la Oficina Anticorrupción no sólo sirvieron para poner al descubierto las dificultades en la obtención de condenas judiciales por hechos de corrupción, sino que también ilustraron acerca de otra cuestión que debe despertar idénticas preocupaciones: la difícil recuperación del patrimonio estatal afectado por estos hechos.

A este resultado se ha llegado por un sinnúmero de factores, entre otros, la falta de implementación de políticas públicas de recuperación de activos; y la práctica histórica de los servicios jurídicos, que asisten al Estado básicamente para repeler demandas, y sólo en poquísimos casos lo conciben además como un actor que puede pretender la recuperación de su patrimonio.

Más allá de esta falta de iniciativa general, se debe destacar también que la regulación legal de los instrumentos que permitirían la aludida recuperación dista mucho de ser, por cierto, óptima.

La recuperación del patrimonio estatal afectado por hechos de corrupción podría realizarse a través de dos vías: por un lado, el decomiso y, por el otro, las acciones civiles que tiendan a la indemnización de daños y perjuicios. Estas son, en efecto, las dos formas de recuperación que prevé la Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción (ver sus arts. 31 y 35).

A continuación, se tratan estas dos vías separadamente y se indican en cada caso las reformas que deberían introducirse para optimizar la recuperación que se pretende.

Se aclara que sólo serán mencionados los lineamientos más generales que las reformas propuestas deberían respetar y se omitirá, por lo tanto, el detalle más puntual de los puntos específicos que la nueva regulación debería contener [\(1\)](#).

I. El decomiso

El decomiso es una medida por la cual el Estado se apropia de manera definitiva de bienes que sirvieron para cometer un hecho ilícito ('instrumentos') o de aquellos que son producto o ganancia de éste.

En nuestro derecho, el decomiso fue tradicionalmente considerado como una pena accesoria.

De esta manera lo concibió originalmente nuestro Código Penal, en su art. 23, en donde se prescribía que 'La condena importa la pérdida de los instrumentos del delito, los que, con los efectos provenientes del mismo, serán decomisados, a no ser que pertenecieren a un tercero no responsable'.

Sin embargo, con la sanción de la ley de ética pública 25.188 (Adla, LIX-E, 5292) (**), esta concepción fue abandonada, pues se introdujo la posibilidad de decomisar los bienes en poder de sujetos no condenados.

En efecto, esto se admitió respecto de mandantes o de personas jurídicas que resultaran beneficiados por el delito del mandatario o de los miembros (u órganos o administradores) de la persona jurídica [\(2\)](#). También se lo admitió con relación a terceros beneficiados por el delito a título gratuito [\(3\)](#).

El fundamento que inspira esta reforma parece ser bastante claro: la idea es anular el provecho que generan los hechos ilícitos, aun cuando tal provecho beneficie a personas que no participaron en éstos (como pueden ser los adquirentes a título gratuito o las personas jurídicas).

Para esto, se parte de una premisa: 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. Falta, aquí, el 'título suficiente' que es condición para adquirir derechos reales [\(4\)](#).

Lo mismo sucede con respecto a los bienes que fueron utilizados para cometer hechos ilícitos (instrumentos): el derecho de propiedad no puede proteger el uso delictivo que se haga de los bienes. Esta concepción de la propiedad, limitada a su uso legítimo, es tradicionalmente sostenida. En efecto, se ha puesto de resalto que los códigos civiles dictados en Europa con posterioridad a la Revolución Francesa definían a la propiedad como 'el derecho de disponer de las cosas en la forma más absoluta, con la condición de que no se les dé un uso prohibido por las leyes'[\(5\)](#). Esta misma concepción fue sostenida por nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación en antiguos precedentes [\(6\)](#).

Este cambio de perspectiva introducido por la ley 25.188, que permitió ver al decomiso a partir de entonces como una medida dirigida a impedir el provecho derivado de hechos ilícitos (sobre el que no existe ningún derecho de propiedad), se adecua a la forma en que este instituto es regulado por otros Estados.

Los Estados Unidos, por ejemplo, prevén además del llamado 'decomiso criminal', un 'decomiso civil' (civil

forfeiture) (7) 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 (8).

La recientemente adoptada Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción también se orienta en el sentido de posibilitar que el decomiso se dicte en forma independiente de la eventual condena criminal que recaiga en contra del autor del hecho ilícito.

En primer lugar, porque impone la obligación a los Estados de regular el decomiso 'en el mayor grado en que lo permita su ordenamiento jurídico interno'(ver su art. 31.1).

Pero además contiene una disposición que alude directamente a la posibilidad de decomisar antes de la condena penal. A esto apunta su art. 54.1, inc. 'c' que obliga a los Estado Partes, a fin de prestarse asistencia judicial recíproca, a 'considerar la posibilidad de adoptar las medidas que sean necesarias para permitir el decomiso de esos bienes sin que medie una condena, en casos en que el delincuente no pueda ser enjuiciado por motivo de fallecimiento, fuga o ausencia, o en otros casos apropiados'.

Se aclara, no obstante, que la aludida Convención dispone en su art. 31.9 que 'las disposiciones del presente artículo (el artículo se refiere al decomiso) no se interpretarán en perjuicio de los derechos de terceros de buena fe'. La prohibición de decomisar los bienes de procedencia ilícita que hubiesen sido adquiridos por terceros de 'buena fe' también se halla presente en la regulación estadounidense del decomiso civil (9). Sin embargo, la excepción de la 'buena fe' evidentemente no debe interpretarse en el sentido de 'ajenidad en el hecho ilícito que generó el provecho' sino sólo en el sentido de 'desconocimiento de la procedencia ilícita del bien adquirido -o desconocimiento de su uso ilícito-'. Esto parece claro en la medida en que los instrumentos legales referidos prevén expresamente que el decomiso se dirija contra los poseedores del bien que no hubiesen participado en el hecho (10). La protección del adquirente de buena fe de un título viciado también se halla presente en nuestro derecho positivo (11). Debe hacerse notar, sin embargo, que la mala fe debería presumirse en caso de adquisiciones gratuitas del bien proveniente de un hecho ilícito (12).

En lo que concierne a la regulación local del instituto del decomiso, puede decirse que la reforma de la ley 25.188, con la ampliación de los supuestos de decomiso allí prevista, se guía por la misma orientación que imprime el ámbito internacional, esto es, la idea de eliminar el provecho derivado de los hechos ilícitos, aun cuando éste se encuentre en poder de terceros no intervinientes en el hecho.

Sin embargo, la referida ley fija condiciones al cumplimiento de este propósito que no tendrían razón de ser.

Por ejemplo, para decomisar a la persona jurídica que se hubiera beneficiado con el producto del delito de sus miembros (u órganos o administradores) la ley exige la condena penal de tales miembros (13). Para decomisar al mandatario, también exige la condena penal del mandante (14). Por último, para el decomiso del tercero beneficiario a título gratuito del bien proveniente de un hecho ilícito también se exige una condena criminal previa por el hecho ilícito que generó el provecho (15).

La exigencia de condena criminal previa en los casos en que el bien a decomisar hubiera beneficiado a un tercero no interviniente en el hecho ilícito que generó el provecho no parece razonable. Tampoco sería razonable, en realidad, la exigencia de condena criminal previa al decomiso en los casos en que el bien a decomisar esté en poder de los imputados.

Ello, puesto que la determinación de que la renta o provecho se derivan de un hecho ilícito puede perfectamente realizarse con independencia del análisis de los presupuestos de la responsabilidad individual del autor (imputabilidad, ámbito de autodeterminación, etc.).

Lo expuesto es aun más pertinente si se toma en cuenta que hay casos en los que podría ser imposible llegar a una condena penal. Estos son los supuestos de muerte o fuga del imputado (previstos en la misma Convención de Naciones Unidas Contra la Corrupción) a los que habría que agregar también los casos de inimputabilidad, no previstos en el referido instrumento internacional.

Si se observa, como antes se sostuvo, que no habría derecho alguno a la propiedad sobre la renta proveniente de un hecho ilícito, no parece razonable que en estos casos tal renta quede intacta sólo por el hecho de que no es posible condenar a su autor.

Nótese que para estos casos de fuga, muerte o inimputabilidad, el hecho ilícito determinante del provecho quizás pudo haber sido acreditado con los más exigentes estándares de prueba, y aun así sería imposible decomisar tal provecho (16).

Esto nos lleva a otra cuestión: la referente a la exigencia probatoria en materia de decomiso. Al respecto, la Convención de Naciones Unidas Contra la Corrupción plantea aquí la posibilidad de establecer una diferencia con los estándares exigidos por una condena criminal. En su art. 31.8 establece que 'Los Estados Parte podrán

considerar la posibilidad de exigir a un delincuente que demuestre el origen lícito del presunto producto del delito o de otros bienes expuestos a decomiso, en la medida en que ello sea conforme con los principios fundamentales de su derecho interno y con la índole del proceso judicial o de otros procesos'.

Sobre este punto, se destaca que, en consonancia con la aludida Convención, es visible la tendencia en el derecho comparado a exigir para el decomiso estándares probatorios menos rigurosos que los que requiere una condena penal. La legislación estadounidense (17) comentada contiene previsiones en este sentido. Las leyes de decomiso en Irlanda (18) y en Sudáfrica (19) también prevén para decomisar estándares probatorios menos exigentes que los de una condena penal.

Estas disposiciones fueron incluso avaladas por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que sostuvo en primer lugar que las presunciones legales podían ser compatibles con el principio de inocencia siempre que fueran razonablemente limitadas, tomaran en cuenta 'la importancia de lo que está en juego' y mantuvieran el derecho de defensa (20). Más recientemente, en relación al decomiso, el Tribunal sostuvo incluso que la presunción de inocencia establecida en el artículo 6.2 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales no es aplicable a procesos que tiendan a este tipo de medida (21). Se debe destacar que la jurisprudencia argentina ya ha tomado nota de esta tendencia (22).

Por último, debe destacarse que en lo referente al decomiso de personas jurídicas, la exigencia de condena previa a sus miembros resulta particularmente contradictoria con la tendencia que prescribe que su responsabilidad sea autónoma respecto de las personas físicas que la integran.

A esto mismo apunta también la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción cuando en su art. 26, inc. 3, establece que la responsabilidad (penal, civil o administrativa) de las personas jurídicas 'existirá sin perjuicio de la responsabilidad penal que incumba a las personas naturales que hayan cometido los delitos'.

I) Reformas propuestas en materia de decomiso

(i) Debería analizarse la posibilidad de independizar el decomiso de la condena criminal y permitir que éste pueda darse antes, con independencia de los estándares probatorios que se exijan para acreditar los supuestos de su procedencia.

(ii) Lo anterior permitirá que pueda decomisarse en casos en los que a pesar de que se evidencie un provecho derivado de un hecho ilícito (o un instrumento utilizado para la comisión de aquél) no fuera posible condenar penalmente a su autor por muerte, fuga o inimputabilidad.

(iii) Esto también permitirá decomisar los bienes derivados de un hecho ilícito que se hallen en poder de terceros, sin exigir una condena previa al autor. Una regulación del decomiso acorde con la exclusiva finalidad de privar de los bienes derivados de hechos ilícitos (o de los utilizados para la comisión de éstos) sólo debería exigir la acreditación, por un lado, de que el bien está sujeto a decomiso (por ser producto o instrumento de un hecho ilícito) y, por el otro, de que el tercero no ha obrado con buena fe (lo que puede presumirse en caso de adquisición gratuita).

(iv) Se deberá también analizar qué estándares probatorios se deberían exigir para la procedencia del decomiso. Al respecto, se deberá tomar en cuenta que no existe un derecho de propiedad sobre los bienes derivados de un hecho ilícito (y que la propiedad tampoco queda protegida si se la utiliza para fines delictivos). Esto se halla en consonancia con la tendencia que muestra el derecho internacional respecto de exigir pruebas menos rigurosas que las que requiere una condena penal.

(v) En el caso de las personas jurídicas es particularmente imperioso que el decomiso se independice de las eventuales condenas penales que se impongan a sus integrantes, puesto que así lo exige la Convención de Naciones Unidas Contra la Corrupción.

II. La acción indemnizatoria

La acción indemnizatoria puede ser una vía bien eficaz para recuperar el patrimonio estatal afectado por hechos de corrupción.

De hecho, ésta puede presentar notables ventajas respecto del decomiso (al menos, respecto de la regulación actual del decomiso que exige para su imposición necesariamente una condena penal).

Entre estas ventajas se hallan las que se mencionan a continuación.

1. Para que opere la responsabilidad civil no es necesario que el hecho beneficie al sujeto demandado sino que basta sólo con la acreditación del perjuicio para el Estado -y de la ilicitud del hecho-.

Por el contrario, el decomiso penal se basa no sólo en el daño ocasionado por el delito sino en el beneficio o provecho que éste reportó al autor. Este último presupuesto exigiría una prueba más ardua puesto que aquí se

debería averiguar el destino del dinero pagado por el Estado, lo que no es necesario en una acción civil que se base sólo en el perjuicio (en esta última bastaría probar la salida de fondos del Estado, mas no su destino) (23).

2. la responsabilidad civil no exige una estricta definición de "lo ilícito", a diferencia de la responsabilidad criminal.

El principio de taxatividad que rige en materia penal no es aplicable a la responsabilidad civil, que si bien presupone un hecho ilícito, tal ilicitud se basa, en última instancia, en el "deber genérico de no dañar" (*alterum non laedere*) (24).

Además, la ilicitud en materia civil no necesariamente debe ser establecida por una ley en sentido formal sino que puede provenir de otras fuentes tales como decretos o reglamentos de órganos ejecutivos (25) y hasta de disposiciones contractuales entre partes privadas (26).

Esta distinción también es relevante porque es frecuente encontrarse con hechos ilícitos que dañen patrimonialmente al Estado y que, sin embargo, no puedan ser fácilmente encuadrables en una figura penal. Hay casos, además, que no se traducen sino en incumplimientos contractuales en donde difícilmente pueda hallarse la configuración de algún delito, a pesar de que tales incumplimientos perjudican considerablemente el patrimonio estatal (es común, por ejemplo, encontrarse con beneficiarios de subsidios estatales que incumplen el destino social que estos subsidios debían satisfacer. El incumplimiento de inversiones por parte de los concesionarios de servicios públicos también es un ejemplo en principio sólo de incumplimiento contractual).

3. Otra ventaja es la menor exigencia probatoria que requiere la determinación de la responsabilidad civil frente a la responsabilidad penal.

En el proceso civil, la exigencia probatoria es más atenuada y se toleran, además, presunciones *juris tantum* en contra del sujeto demandado. Por ejemplo, en lo que respecta a la concurrencia de la culpa, la jurisprudencia argentina admite la validez de las leyes que en ciertos casos la presupongan (27).

En el proceso penal, por el contrario, rige el principio de inocencia que impide condenar si no es en base a la certeza que el juzgador se forme sobre los hechos objeto de la acusación y sobre cualquier otro presupuesto de la pena. La duda o incluso la probabilidad de que el hecho haya sido cometido impiden la condena y deben desembocar en la absolución (28). La sentencia de condena civil, en cambio, puede basarse en un juicio de probabilidad acerca de que el hecho existió y de la culpa del sujeto demandado, aun cuando haya elementos que indiquen la posibilidad de que tal hecho no hubiera existido o de que no hubiera mediado culpa (29) (en el derecho norteamericano este estándar probatorio es llamado "preponderance of evidence" o "evidencia preponderante").

Se destaca que si se mantiene la exigencia de una condena penal previa al decomiso, necesariamente el hecho ilícito que origina el provecho deberá acreditarse con la rigurosidad que exige tal condena (aun cuando no se considerara necesaria, para la procedencia del decomiso, la acreditación del hecho ilícito con tal grado de rigurosidad).

4. El proceso civil tiene menos limitaciones que el proceso penal en lo referente a los medios de prueba.

Esto es así al menos en un aspecto fundamental: en el proceso civil no existe el derecho de negarse a declarar o, incluso, de mentir del que gozan los imputados en un proceso penal (30).

La diferencia de tratamiento se justifica en base a la sanción que espera al sujeto en uno y en otro caso: mientras que en el proceso civil el sujeto sólo será forzado, en el peor de los casos, a reparar un daño que probablemente ocasionó; en el proceso penal puede verse privado durante años de libertades mucho más trascendentes, como su libertad ambulatoria.

Conviene tener presente, entonces, que si se trata de reconstruir una cadena de transferencias de dinero, la facultad que asiste a los imputados de negarse a declarar podría erigirse en un obstáculo insalvable para esta reconstrucción (nótese, al respecto, la fundamental importancia que los testimonios de los "arrepentidos" presentan en el intento de reconstruir una cadena de transferencias). Si sólo se pretendiera una reparación por el daño ocasionado en el marco de un proceso civil, tal reconstrucción parecería más fácil en tanto nadie podría negarse a declarar o mentir acerca del origen y destino de cada transferencia. Obviamente, tales testimonios sólo podrían ser valorados en la sentencia que decida acerca de la reparación y no podrían servir, claro está, a los fines de ninguna persecución penal.

5. La responsabilidad civil presenta, además, mayor amplitud en cuanto a las causales de imputación subjetiva.

Los delitos penales generalmente se basan en el dolo y muy ocasionalmente pueden estar configurados en base a la culpa (o negligencia). Como consecuencia del principio de legalidad, el comportamiento culposo debe

ser previsto expresamente; por eso es que se sostiene que los códigos penales contienen un número cerrado de figuras culposas. A diferencia de lo que se conoce como la "omisión impropia"⁽³¹⁾, las figuras penales dolosas no pueden ser "convertibles" en figuras culposas.

En el derecho civil, al contrario, frente a cualquier ilicitud, tanto el dolo como la culpa serán siempre suficientes para asignar responsabilidad.

De esta manera, mientras que si en el derecho penal se descarta el dolo y sólo se comprueba un comportamiento meramente negligente, será imposible la configuración de un delito (salvo que exista una figura que expresamente prevea tal comportamiento negligente); en el derecho civil, la culpa siempre será un factor genérico de atribución subjetiva de responsabilidad, y no es necesario que sea prevista legislativamente para cada ilicitud civil.

6.- la reparación civil tiene prioridad frente al decomiso. El Código Penal Argentino asigna prioridad a la indemnización de daños y perjuicios frente al decomiso ⁽³²⁾. Esto, en principio, no sería relevante en estos casos, puesto que el Estado sería el mismo destinatario tanto del producto de la indemnización como del producto del decomiso. Sin embargo, el orden de prioridades tiene importancia en el caso de concurrencia de otras víctimas junto con el Estado: si el Estado sólo pretendiera el decomiso, las restantes víctimas tendrían prioridad. Si en cambio, ejerciera una acción civil tendiente a la reparación, tendría entonces la misma prioridad que cualquier otra víctima.

7. Si lo que se intenta es demandar la responsabilidad patrimonial de una persona jurídica, la acción civil también presenta indudables ventajas respecto del decomiso (tal como está regulado actualmente).

En nuestro país, la responsabilidad civil de las personas jurídicas está basada en lo que se conoce como 'responsabilidad refleja' o 'responsabilidad por el hecho de otro'⁽³³⁾. Aquí, el damnificado tiene la opción de demandar sólo al tercero responsable (en este caso, la persona jurídica) sin estar obligado a llevar a juicio a los autores del hecho (que serían aquí los representantes, directivos o administradores que hubieran actuado en nombre de ésta) ⁽³⁴⁾, sin perjuicio de la posibilidad de repetición que tenga el tercero responsable contra el autor directo del daño ⁽³⁵⁾.

Esta posibilidad de perseguir la responsabilidad civil de las personas jurídicas en forma independiente de la responsabilidad de los autores directos del hecho ilícito no existe en materia penal, al menos, en lo que respecta a la sanción de decomiso prevista por el art. 23 del Cód. Penal Argentino. En efecto, como ya fue visto, la regulación actual de este instituto sujeta la posibilidad de decomisar a personas jurídicas a la condición de que resulten condenados sus miembros, administradores o quienes hubieran actuado como órganos.

Hasta aquí, se han señalado las ventajas que, a los fines de la recuperar el patrimonio estatal afectado por hechos de corrupción, presentaría una acción indemnizatoria respecto del decomiso (al menos en lo que respecta a la regulación actual de este instituto).

Sin embargo, estas ventajas no serían totalmente aprovechables en la medida en que la 'litispendencia' obligue a esperar a una condena penal para luego condenar civilmente.

En efecto, cuando un hecho configura a la vez un delito penal y una ilicitud civil, el Código Civil, en su art. 1101, prescribe que la resolución de la acción civil deberá esperar a la decisión sobre el caso penal. Esto es lo que se conoce con el nombre de 'litispendencia' de la acción penal sobre la acción civil ⁽³⁶⁾.

La obligación de esperar a la condena penal para poder condenar civilmente se explica por el art. 1103 del Cód. Civil que prescribe que 'Después de la absolución del acusado, no se podrá tampoco alegar en el juicio civil la existencia del hecho principal sobre el cual hubiese recaído la absolución'.

La doctrina y jurisprudencia civil que se ocuparon de esta disposición tendieron siempre a limitar sus efectos. Se sostuvo, por ejemplo, que lo único que se impedía revisar en el juicio civil (luego de una absolución penal) era la 'inexistencia del hecho' mas no la culpa del autor, que en su faz civil podía ser, en efecto, más amplia que la 'culpa penal' puesto que la primera exigiría menos prueba que esta última ⁽³⁷⁾. También se consideró permitido que el juez civil revisase la absolución penal en lo referente a la 'imputabilidad' del imputado y a las cuestiones referidas al nexo de causalidad entre el hecho y el resultado dañoso ⁽³⁸⁾.

La posibilidad de revisar la absolución penal por parte de un juez civil también sería respaldada por la doctrina penal que se inclina por admitir la posibilidad de resarcimiento respecto de conductas que se encuentren penalmente justificadas ⁽³⁹⁾.

Es valioso el intento por limitar los efectos de las disposiciones civiles comentadas. Sin embargo, debería pensarse directamente en derogar estas normas en la medida en que se opongan a la posibilidad de que pueda condenarse civilmente antes de la sentencia penal.

En efecto, si el fundamento de la litispendencia del juicio civil respecto del penal se basa en la necesidad de evitar pronunciamientos contradictorios, puede verse que no existe, en realidad, un riesgo cierto de contradicción si lo que se trata es de condenar civilmente (40).

Si, como se vio, se exigen estándares probatorios diferenciados para determinar la responsabilidad civil, por un lado, y la responsabilidad penal, por el otro, no habría, entonces, "contradicción" en el caso en que, en base a los mismos hechos, se condene en la acción civil y se absuelva en la acción penal. En efecto, una condena civil fundada en la probabilidad de que el hecho se cometió no contradiría nunca una absolución penal fundada en la falta de certeza acerca de lo mismo. Entonces, no sería contradictorio condenar civilmente en base a una probabilidad que es en cambio insuficiente para condenar penalmente.

La diferencia entre los estándares probatorios que se manejan en un caso penal y en uno civil es reconocida por la misma doctrina que se ocupa del art. 1103 del Cód. Civil (41). Sin embargo, ante la clara disposición de este artículo, sólo pueden negar la influencia de la absolución penal respecto de la 'culpa' del autor mas no con relación a la 'inexistencia del hecho'.

Sin embargo, esta distinción ('existencia del hecho' y 'culpa') no parece razonable. No habría ningún argumento razonable por el que se le deba permitir al juez civil revisar la absolución penal en lo concerniente a la 'culpa' del autor y a la vez se le deba negar tal posibilidad de revisión para el caso de la 'existencia del hecho'. La diferencia de exigencia probatoria en una y otra esfera de responsabilidad (la penal y la civil), que es lo que funda la posibilidad de que el juez civil revise la 'culpa' del autor negada en la absolución penal, debería permitir la posibilidad de que también sea revisada la 'existencia del hecho' a la luz de la menor exigencia probatoria requerida para la determinación de la responsabilidad civil.

La derogación de la litispendencia que aquí se propone (referida a la posibilidad de condenar civilmente antes de la culminación del proceso penal) se halla en consonancia con la orientación que en los últimos años ha sido regulada esta cuestión en regímenes legales especiales. Allí quedó demostrado que la vigencia de la litispendencia está siendo cada vez más revisada.

Por ejemplo, para el régimen de probation, se contempla expresamente que la suspensión del juicio a prueba torna inaplicables las reglas del Código Civil que establecen la litispendencia (42), de manera que, aun a pesar de la falta de condena penal podría condenarse civilmente al imputado.

Por otro lado, en materia de responsabilidad disciplinaria de los funcionarios públicos, el régimen establecido en el año 1999 por el decreto 467/99, permite sancionarlos disciplinariamente aún antes de la decisión del juez penal. Sólo para el caso en que se intente absolver en el proceso disciplinario, se impone la obligación de esperar a la decisión del juez penal (43).

Existen, por otro lado, proyectos de ley que tienden a reducir los alcances de la 'litispendencia', fundados, sobre todo, en la necesidad de evitar que la dilación del proceso penal frustre la pretensión civil (44).

Debe destacarse también que, desde una perspectiva respetuosa del principio de subsidiariedad del derecho penal (y del recurso a la pena como 'última ratio'), la derogación de la litispendencia debería ser apoyada. Al respecto, parece claro que al hacer depender la condena civil de una previa condena penal, se estaría forzando a la víctima a perseguir tal condena penal, aun cuando posiblemente no tenga real interés en la imposición de una pena y sólo pretenda una reparación.

La presión que la víctima recibe para interesarse en la imposición de una pena que quizás no le importe realmente también se ve claramente en el art. 3982 bis del Cód. Civil que beneficia con la suspensión de la prescripción de la acción civil a aquella víctima que hubiere deducido una querrela criminal contra los responsables del hecho (45).

Una última cuestión: la falta de riesgo cierto de contradicción aquí mencionada estuvo siempre referida a los estándares probatorios que rigen una absolución penal y los que imperan en una condena civil.

Sin embargo, la prueba que se exige para el sobreseimiento en un proceso penal difiere respecto de la que se exige para la absolución penal. En efecto, se ha señalado que para el sobreseimiento se exige en principio certeza negativa respecto de la inexistencia del hecho imputado (46).

Podría afirmarse, entonces, que aquí existiría un riesgo de contradicción en la medida en que la eventual condena civil fundada en la probabilidad de que el hecho fue cometido contradiría un sobreseimiento penal fundado en la certeza de que el hecho no fue cometido.

En primer lugar, debe señalarse, sin embargo, que no siempre un sobreseimiento presupone certeza negativa acerca de que el hecho no fue cometido (47).

Sin embargo, para alejar este riesgo, podría estudiarse la posibilidad de exigir algún grado de avance del

proceso penal (en particular, el dictado de algún acto del proceso que presuponga sospecha o probabilidad como el llamado a prestar declaración indagatoria o un auto de procesamiento) para que recién entonces pueda condenarse civilmente.

No obstante, parece necesario hacer notar que cuando se trata de un mismo hecho que genera varios tipos de responsabilidad (y la determinación de tal responsabilidad está a cargo de diferentes órganos) siempre existe el riesgo de pronunciamientos contradictorios. Bien podría suceder, por ejemplo, que la absolución penal se funde en certeza negativa (y no en duda). También podría pasar que la absolución penal descarte de modo absoluto la configuración de toda culpa por parte del autor. En estos casos, podría considerarse permitida una condena civil que fuera contradictoria con la absolución penal (48). El mismo riesgo de contradicción existe en otra hipótesis que es tolerada incluso por la ley vigente: el caso de que el prófugo condenado civilmente reaparezca y sea sobreseído (o absuelto) penalmente en base a certeza negativa.

La cuestión que se presenta aquí, entonces, está referida a la medida en que se debería tolerar el riesgo de contradicción.

Al respecto, no parece razonable que para alejar todo riesgo de contradicción se obligue a la víctima a esperar, para ser reparada, a la conclusión de un proceso penal en el que probablemente no tenga interés, máxime cuando, como se vio, existe una alta probabilidad de que una y otra sentencia no se contradigan (por los diferentes estándares probatorios que rigen para ambas esferas de responsabilidad).

II) Reformas propuestas en materia de acciones indemnizatorias

En función de lo expuesto anteriormente, debería considerarse la posibilidad de reformar los arts. 1101 y 1103 del Cód. Civil (y toda otra norma que establezca la litispendencia) de tal manera que lo único que impidan sea absolver civilmente antes de una condena penal (única hipótesis en donde existiría, propiamente, una "contradicción"), y que, por lo tanto, se elimine la exigencia de aguardar a una condena penal si lo que se intenta es condenar civilmente. Podría estudiarse, sin embargo, la posibilidad de exigir que antes de que se dicte la condena civil, el proceso penal referido a los mismos hechos registre algún acto procesal que implique la sospecha o probabilidad de que el hecho haya sido cometido, si se considerara intolerable el riesgo de contradicción que se originaría con un posterior sobreseimiento fundado en certeza negativa.

Especial para La Ley. Derechos reservados (ley 11.723)

(*) Hemos elaborado este documento como cierre al taller de recuperación de activos que el año pasado se realizó en el ámbito de esta Oficina Anticorrupción. Tal taller fue iniciado a raíz de una propuesta de reforma legal del Centro de Investigación y Prevención de la Criminalidad Económica (CIPCE) elaborada por un equipo de investigación del que formaban parte David Baigún, Alberto Binder y Pedro Biscay. El proyecto aludido proponía la reforma del actual art. 23 del Cód. Penal (en adelante C.P.) para que el Estado pudiese recuperar activos sustraídos por hechos de corrupción sin necesidad de aguardar a las condenas penales respectivas. El taller interno referido fue coordinado por un consultor contratado al efecto, Diego Freedman, quien elaboró para este organismo varios informes a los que se puede acceder desde la página web de este Ministerio (los informes están referidos, entre otras cuestiones, a análisis del derecho comparado). De este taller participamos quienes elaboramos este informe junto con otros integrantes de esta Oficina, entre los que se encontraron Juan Carlos Dure, José M. Ipohorski, Nuria Pinol Sala, Alicia Ginjaume y Santiago Eyerabide.

(**) El texto de la ley y los antecedentes parlamentarios que le dieron origen han sido objeto de publicación en la revista "Antecedentes Parlamentarios", t. 2000-A, p. 451.

(1) Al respecto, se remite a los completos informes que el consultor Diego Freedman elaborara para esta Oficina, a los que puede accederse a través de la página web de este organismo (www.jus.gov.ar). Allí se tratan cuestiones más específicas como por ejemplo, los términos de prescripción de las acciones de recuperación, posibles regímenes especiales de responsabilidad para funcionarios públicos, etc.

(2) El párrafo tercero del art. 23 C.P., introducido por la reforma de la ley 25.188, dispone 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 provecho del delito ha beneficiado al mandante o a la persona de existencia ideal, el comiso se pronunciará contra éstos'.

(3) El párrafo cuarto del artículo 23 del C.P., introducido también por la ley 25.188 establece que "Cuando con el producto o el provecho del delito se hubiese beneficiado un tercero a título gratuito, el comiso se pronunciará contra éste".

(4) El 'título suficiente' ha sido definido como 'el acto jurídico ... munido de las condiciones de fondo (capacidad en el transmitente y en el adquirente, y titularidad del derecho que transmite el transmitente ...)' y de

forma ... y dotado por la ley de aptitud para transferir derechos reales' (ver MARIANI DE VIDAL, Marina, "Curso de Derechos Reales", t. I, p. 98, Ed. Zavalía, 1998). Un hecho ilícito no podría ser jamás considerado un acto válido para la adquisición de derechos reales, sin perjuicio de la protección que deba otorgarse a terceros adquirentes de buena fe.

(5) Ver el artículo referido al término 'Propiedad' de MANTIGHETTI, Giuliano en el 'Diccionario de Política' compilado por Norberto Bobbio, Nicola Matteucci, Gianfranco Pasquino, Siglo Veintiuno Editores, México, 1997 en donde se señala que la definición arriba citada había sido adoptada por el Código Civil Francés y el Italiano (este último de 1865).

(6) En efecto, este principio se ve bien claro en un antiguo fallo de la CSJN referido al régimen de marcas vigente por entonces (ver colección Fallos t. 38, p. 38, caso "Juan Posse y Cía. c. D. León Durand" resuelto el 26 de noviembre del año 1889). En el caso, el demandante, Sr. Posse, era propietario de una marca de cigarros que identificaba al producto con el tabaco habano. La demanda se dirigía contra el Sr. Durand por haber sustituido el tabaco de los cigarros fabricados por Posse por un tabaco paraguayo. Sin embargo, se había comprobado que el tabaco de los cigarros fabricados por Posse no era tampoco habano (como anunciaba la marca registrada por éste) sino que contenían uno de peor calidad (lo que configuraba una figura defraudatoria prevista por la ley de marcas entonces vigente). La CSJN concluyó entonces que Posse 'no tenía derecho a ser protegido en el uso exclusivo de su marca, por cuanto se ha servido de ella en una forma delictuosa ...'. El fallo contiene citas de jurisprudencia norteamericana y francesa en donde se llega a la misma conclusión de 'rechazar la demanda de los dueños de marcas de fábrica que se hubiesen servido de ella para expender productos adulterados o con enunciaciones fraudulentas'.

(7) Si bien existen numerosos regímenes especiales, la principal norma que actualmente regula el "decomiso civil" (DC) o "civil forfeiture" en Estados Unidos es la contenida en el título 18, capítulo 46, Sección 981, y Sección 983 (esta última sección contiene el agregado de la Civil Asset Forfeiture Reform Act adoptada por el Congreso de EE.UU. en el año 2000). Este régimen comprende, entre otros, a los bienes provenientes de hechos ilícitos encuadrables en las figuras de lavado de dinero (secc. 1956, 1957 y 1960), fraudes bancarios (1344, entre otros), fraudes contra el gobierno (1031), fraudes electrónicos y postales (1343, 1342), remoción de identificación de vehículos (511), venta de automotores robados (553), y robo armado de automotores (2119).

(8) Este decomiso civil sólo se basa en la relación entre un bien determinado y un hecho ilícito (independientemente de la participación en el hecho de su titular), y exige, bajo un estándar probatorio menos riguroso que el de la condena criminal, que se halle suficientemente acreditada tal relación. Se destaca, sin embargo, que la regulación del decomiso civil americano contiene previsiones que intentan asegurar que los terceros de 'buena fe' no sean decomisados. El Título 18, Capítulo 46, Sección 982 regula esta cuestión y enuncia casuísticamente los casos en que existe 'buena fe'. Entre ellos, menciona a quien adquiere la propiedad sin saber que ésta estaba sujeta al decomiso civil. En el caso de adquisición de la propiedad a título gratuito el decomiso sólo podría evitarse en casos previamente determinados (por ejemplo, se concede la posibilidad de evitar el decomiso a quien hubiera adquirido gratuitamente el bien a decomisar si tal bien constituye la principal residencia del adquirente o es su medio de subsistencia de él o de quienes convivan con él).

(9) Ver la anterior nota a pie de página.

(10) Esto parece evidente desde que se prevé el decomiso aún luego de que el imputado muera.

(11) Ver, por ejemplo, los arts. 1051 y 1329 del Cód. Civil que protegen respectivamente al adquirente de buena fe a título oneroso de bienes inmuebles en virtud de un acto anulado; y al comprador que no supiera que las cosas vendidas no eran de propiedad del vendedor.

(12) Ver las presunciones que al respecto contiene el régimen de decomiso civil norteamericano comentadas en precedentes notas a pie de página.

(13) La exigencia de condena penal de los miembros de la persona jurídica se extrae en primer lugar de la exigencia genérica de condena que impone el art. 23 para decomisar. El artículo comienza prescribiendo que 'En todos los casos en que recayese condena por delitos previstos en este Código ... la misma decidirá el decomiso ...'. A continuación, para el supuesto de beneficio de las personas jurídicas se establece 'cuando el autor o partícipes han actuado como ... órganos, miembros o administradores de una persona de existencia ideal, y el producto o el provecho del delito ha beneficiado a ... la persona de existencia ideal, el comiso se pronunciará contra éstos'.

(14) La ley trata de manera idéntica el caso de la persona jurídica beneficiaria y el del mandatario beneficiario. Lo expuesto en la nota que antecede es, entonces, aplicable a este supuesto.

(15) Esto se extrae de la ya referida exigencia genérica de condena previa que se impone al comienzo del art. 23 que prescribe que sólo 'en los casos en que recayese condena por delitos previstos en este Código ... la

misma decidirá el decomiso ...'.

(16) La imposibilidad de decomisar en estos supuestos no es meramente hipotética. Nuestra jurisprudencia registra casos en donde expresamente se determinó la imposibilidad de decomisar bienes en poder de sujetos inimputables (ver el fallo relativamente reciente de la sala 2 de la Cámara de Apelaciones Contravencional de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, "Gobierno Ciudad de Buenos Aires c. M.O. s/artículo 39" del día 4 de abril de 2002).

(17) En el caso norteamericano, el Título 18, Capítulo 46, Sección 982 establece reglas probatorias para el decomiso civil. Se prescribe para esto que el gobierno tiene la carga de probar, bajo el estándar de "evidencia preponderante" (preponderance of the evidence) que la propiedad está sujeta a decomiso. Y que quien alegue su buena fe, la deberá probar también bajo el estándar de 'evidencia preponderante'. El estándar 'evidencia preponderante' es menos exigente que el requerido para una condena criminal (basado en el estándar 'duda razonable').

(18) Ver la ley irlandesa "Proceeds of Crime Act, 4/8/1996". Esta ley permite decomisar bienes de procedencia ilícita a cualquiera que los tenga en su poder (aun cuando no hubiera participado en el hecho ilícito). Para esto, no exige condena penal de los delitos a través de los cuales se obtuvieron los bienes a decomisar. En lo referente al estándar de prueba exigido, se indica que para determinar la procedencia ilícita del bien a decomisar debe emplearse el estándar probatorio correspondiente a los procedimientos civiles (ver artículo 8, punto 2 de tal ley).

(19) En Sudáfrica, existe la ley Procedures of Crime Act, 20/11/1996 faculta al Estado a apropiarse de bienes de procedencia ilícita. Si bien esta ley exige en principio una condena penal para que proceda el decomiso establece una excepción en aquellos casos en que el imputado se hubiera fugado. A pesar de la exigencia de condena previa, el procedimiento previsto en esta ley se asemeja mucho más al de un procedimiento civil y la exigencia de prueba es mucho menos rigurosa que la de una condena penal. Por ejemplo, se estipula que si el Tribunal lo considerase necesario, el involucrado debe declarar bajo juramento. También se prevé que si el imputado no refuta las alegaciones del fiscal, éstas deben tomarse como prueba definitiva del hecho al que se refieren. Se establecen, además, una serie de presunciones en contra de los imputados (por ej. se prescribe que si el imputado omite información sobre cuestiones que puede preguntar el tribunal o brinda información falsa al respecto, debe presumirse que la propiedad sobre la que se preguntó, formó parte del "beneficio" que le reportó el delito).

(20) Ver el caso 'Pham Hoang v. France' resuelto por el referido Tribunal el día 25 de septiembre de 1992. Allí se cita además un anterior precedente 'Salabiaku v. Francia' del año 1988. La referencia que el Tribunal efectúa respecto de la 'importancia de lo que está en juego' (the importance of what is at stake) podría fundar distinciones según la especie de pena que pueda imponerse a consecuencia de la presunción: mientras que la consagración de presunciones legales que sólo conlleven el riesgo de aplicación de sanciones meramente patrimoniales podría considerarse permitida, la instauración de presunciones en delitos que prevean pena privativa de libertad podría, en cambio, considerarse vedada. Por último, de la propia resolución del Tribunal Europeo, está claro que la referencia que allí se efectúa respecto de los 'derechos de defensa' abarca también a la prohibición del establecimiento de presunciones absolutas pues con relación a las cuales no habría, por definición, posibilidad de defensa alguna.

(21) Ver el caso 'Phillips. V. The United Kingdom' resuelto en el año 2001. En este caso, el imputado ya había sido condenado por haber comerciado estupefacientes y, luego de ello, se le habían decomisado sus propiedades, fundándose para ello en una ley que establecía la presunción de que las propiedades de una persona condenada por narcotráfico adquiridas en los seis años precedentes debían considerarse provenientes del narcotráfico, y por tanto, ser decomisadas.

(22) Ver el voto del doctor Pedro R. David en el reciente fallo dictado en autos 'Alsogaray; María Julia s/recurso de casación' de la sala IV de la Cámara Nacional de Casación Penal resuelto el día 09/06/2005.

(23) El hecho de que en la acción civil no deba probarse ningún beneficio del demandado también permite que se recupere el dinero cuando se detecten hechos que perjudican patrimonialmente al Estado, pero que no suponen, sin embargo, un beneficio correlativo (que pueda ser decomisado). Esto último se ve en el caso de propiedades estatales usufructuadas por concesionarios que no otorgan por ello al Estado ninguna compensación (y que, por ejemplo, siguen usando las instalaciones afectadas a una licencia, aún después del cese de ésta). En este tipo de casos, es dudoso que existan "ganancias" que puedan ser decomisables (en todo caso, la cuestión sería discutible y dependería del alcance que se fije para las categorías legales de "ganancia", "producto" y "provecho"). Lo que no sería dudoso es la procedencia de la responsabilidad civil por el mero hecho de que existe un daño.

(24) Los autores civilistas sostienen que la ilicitud, en materia civil, puede estar dada implícitamente, y

provenir del deber de "conducirse en la vida de forma tal que el comportamiento de cada uno no causa perjuicios a los demás individuos de la comunidad, es decir el alterum non laedere (no dañar a los demás)" (ver "Compendio de Derecho de las Obligaciones", t. 2, Pedro N. Cazeaux y Félix A. Trigo Represas, Librería Editora Platense S.A., Buenos Aires, 1994).

(25) El art. 1066 del Cód. Civil Argentino establece que "Ningún acto voluntario tendrá el carácter de ilícito, si no fuere expresamente prohibido por las leyes ordinarias, municipales o reglamentos de policía".

(26) El art. 1197 del Cód. Civil Argentino establece que las disposiciones contractuales constituyen una regla a la cual las partes deben someterse "como a la ley misma".

(27) Por ejemplo, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal ha sostenido que "en el ámbito de la responsabilidad contractual, la culpa del deudor en el incumplimiento se presume "iuris tantum", y, por lo tanto, no se requiere que el acreedor la pruebe" (sala I, autos "Kerschen, Eduardo Roberto, s/daños y perjuicios", sentencia del 13/03/1997).

(28) Ver MAIER, Julio, "Fundamentos del proceso penal", t. I, Editores del Puerto, p. 495.

(29) Jorge Bustamante Alsina resalta que "en la apreciación de culpa a los fines del resarcimiento del daño, en un caso, y de la represión del delito, en el otro, existen pautas diversas: en el primer caso la culpa se aprecia con un criterio muy afinado para no dejar a la víctima sin reparación; en el segundo caso, existe mayor rigor para valorar las circunstancias constitutivas de la culpa con el propósito de no condenar a un inocente. De allí que la más leve culpa impone responsabilidad civil al autor de un daño y, por consiguiente, una absolución penal por falta de culpa no hace cosa juzgada en lo civil (art. 1103, C.C)". (ver "Teoría General de la Responsabilidad Civil", Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1993, p. 331).

(30) La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido reiteradamente que "la garantía constitucional de no ser obligado a declarar contra sí mismo sólo rige en materia penal" (fallos CS 238:416; 240:416; 253:493; 259:287).

(31) La conversión de un tipo activo expresamente previsto en la ley por un tipo omisivo -sin que este último esté expresamente previsto-.

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

(33) CAZEAUX, Pedro N. y TRIGO REPRESAS, Félix A. ob. cit., p. 505 y sigtes. El art. 43 del Cód. Civil argentino, reformado en el año 1968, es el que da base a la responsabilidad civil de las personas jurídicas. Allí se establece que "Las personas jurídicas responden por los daños que causen quienes las dirijan o administren, en ejercicio o con ocasión de sus funciones. Responden también por los daños que causen sus dependientes o las cosas ...".

(34) El art. 1122 del Cód. Civil argentino que establece que "Las personas damnificadas por los dependientes o domésticos pueden perseguir directamente ante los tribunales civiles a los que son civilmente responsables del daño, sin estar obligados a llevar a juicio a los autores del hecho" es entendido como aplicable a cualquier caso de responsabilidad por el hecho del otro (ver CAZEAUX, Pedro N. y TRIGO REPRESAS, Félix A., ob. cit., p. 553 y sigtes).

(35) La posibilidad de repetición se entiende derivada del art. 1123 del Cód. Civil argentino que establece que "El que paga el daño causado por sus dependientes o domésticos puede repetir lo que hubiese pagado, del dependiente o doméstico que lo causó por su culpa o negligencia". Esta disposición se juzga aplicable a todos los supuestos de responsabilidad por el hecho de otro (ver CAZEAUX, Pedro N. y TRIGO REPRESAS, Félix A., ob. cit., p. 554).

(36) El Código Civil argentino, en su art. 1101, regula la litispendencia en los siguientes términos "Si la acción criminal hubiere precedido a la acción civil o fuese intentada pendiente ésta, no habrá condenación en el juicio civil antes de la condenación del acusado en el juicio criminal ...". A continuación establece dos excepciones: el fallecimiento y la "ausencia" del imputado.

(37) En el Código Civil Comentado de Belluscio y Zannoni se cita la opinión de Aubry-Rau (también citado por el codificador en su nota al art. 1103) según la cual 'aquello que en lo criminal puede no ser de naturaleza tal que permita la aplicación de una pena, en lo civil puede parecer tan grave, que origine responsabilidad pecuniaria del agente' (ver la obra aludida, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1984, p. 314). En la

misma obra se mencionan otros argumentos que justifican un tratamiento diferenciado de la culpa penal respecto de la civil. Se señalan, por ejemplo, los diferentes criterios de valoración probatoria en uno y en otro caso, y se refiere que en el derecho penal rige el principio *in dubio pro reo* mientras que en el ámbito civil, por el contrario, existen casos en los que se establece una 'culpa presunta' (ver obra citada, página 315). En el mismo sentido, en el Código Civil Anotado de Jorge Joaquín Llambías también se sostiene que el juez civil 'libremente puede concluir que aquél fue culpable a los fines de reparar el daño que causó, pese a haberse declarado inocente para eximirlo de una condena penal' (ver la obra referida, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1992, p. 408, y la jurisprudencia allí citada).

(38) Ver el Código Civil Comentado de Belluscio y Zannoni ya citado, p. 313.

(39) Ver, por ejemplo, Enrique Bacigalupo, quien, con cita de doctrina alemana, sostiene, con base en el principio de proporcionalidad, que 'dada la gravedad de la sanción penal, es necesario que la conducta típica tenga un alto grado de ilicitud, pero esta intensidad no es necesaria en el derecho administrativo o civil. La consecuencia práctica sería una conducta penalmente justificada que, sin embargo, no lo está en el ámbito civil, en el cual el deber de indemnizar el daño causado seguiría subsistente' (ver "Derecho Penal", parte general, 2º edición, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1999, p. 357/358). Algo similar se sostiene en el "Tratado de Derecho Penal" de Zaffaroni, Alagia y Slokar, en donde también se admite que una acción justificada penalmente puede generar obligaciones reparatoras en sede civil y se lo funda en los siguientes términos '... cuando se considera una conducta como lícita en un ámbito del derecho no puede considerársela ilícita en otro. No obstante, nada impide que una acción considerada lícita por una rama del derecho no pueda generar obligaciones en otra, sobre la base de diferentes fundamentos de responsabilidad: toda vez que estos fundamentos son diferentes, el escándalo jurídico no se produce y la unidad o no contradicción del orden jurídico se mantiene' (ver "Derecho Penal", parte general, Ediar, Buenos Aires, 2000, ps. 567 y siguientes).

(40) Existiría, en cambio, un claro riesgo de contradicción si se quisiera absolver civilmente por los mismos hechos objeto de una acción criminal aún no resuelta. Aquí sí una posterior condena criminal fundada en la certeza de que el hecho se cometió vendría a cuestionar una absolución civil basada en la probabilidad de que el hecho no fue cometido. Sólo en este supuesto, debería admitirse la 'litispendencia' de la acción civil respecto de la penal.

(41) Ver la nota a pie n° 34.

(42) El art. 76 quater del Cód. Penal establece que 'La suspensión del juicio a prueba hará inaplicables al caso las reglas de prejudicialidad de los artículos 1101 y 1102 del Código Civil, y no obstará a la aplicación de las sanciones contravencionales disciplinarias o administrativas que pudieran corresponder'.

(43) El art. 131 establece que "La sustanciación de los sumarios administrativos y la aplicación de las sanciones pertinentes, tendrán lugar con prescindencia de que los hechos que las originen constituyan delito. Pendiente la causa criminal, no podrá el sumariado ser declarado exento de responsabilidad".

(44) Ver el exhaustivo informe del consultor Diego Freedman realizado para esta Oficina Anticorrupción titulado 'La acción civil como mecanismo de recupero de activos por hechos de corrupción'. Allí se cita el Proyecto de Código Civil de 1998 que en el art. 1697 preveía que "Si la acción criminal precede a la acción civil, o es intentada durante su curso, el dictado de la sentencia definitiva en el proceso civil se suspende hasta que concluye el proceso penal, con excepción de los siguientes casos:

- a. Si median causas de extinción de la acción penal.
- b. Si la dilación del procedimiento penal provoca, en los hechos, una frustración del derecho ejercido mediante la acción civil.
- c. Si la acción civil por reparación del daño está fundada en un factor objetivo de responsabilidad".

(45) El art. 3982 bis textualmente prescribe que 'Si la víctima de un acto ilícito hubiere deducido querrela criminal contra los responsables del hecho, su ejercicio suspende el término de la prescripción de la acción civil, aunque en sede penal no hubiere pedido el resarcimiento de los daños. Cesa la suspensión por terminación del proceso penal o desistimiento de la querrela'. Se debe señalar, sin embargo, que con el régimen de litispendencia vigente, este artículo atiende adecuadamente los intereses reparatorios de la víctima, a quien, de otro modo, se perjudicaría con la prescripción de la acción civil por causa de hechos ingobernables para ésta (como el ritmo de avance del proceso penal). En este sentido, debería preocupar el limitado alcance que se otorgó a esta disposición en el voto mayoritario del plenario de la Cámara Nacional en lo Civil de la Ciudad de Buenos Aires, en autos 'Maciel, Marcos c. Barry' de fecha 18/2/04 en donde se dispuso que 'no corresponde extender los efectos de la suspensión de los plazos de prescripción de la acción civil que establece el art. 3982 bis del Código Civil a todos los demandados a los que se les atribuye responsabilidad civil, aún a los que no fueron querellados o no son susceptibles de serlo'. Con esto último, se admitiría, entonces, que las personas jurídicas demandadas

civilmente (a las que no puede querellarse penalmente), pero respecto de las cuales se impone, no obstante, el 'deber de esperar' a la conclusión del proceso penal para ser condenadas civilmente (por efecto de la 'litispendencia') sean beneficiadas por una prescripción evidentemente absurda e injusta, que torna ineficaz cualquier esfuerzo de la víctima por impedirlo.

(46) Julio Maier reconoce que, a diferencia de la absolución, 'el sobreseimiento parece partir, en principio, de la certeza negativa y admitir, incluso, la probabilidad negativa o la duda una vez agotada la investigación; por esta razón la probabilidad positiva funda el progreso de la persecución penal y, por ello, basta para la acusación y la remisión a juicio' (Maier, Julio B. J., "Derecho Procesal Penal I.-Fundamentos", Editores del Puerto, Buenos Aires, 1999, p. 496). El mismo criterio se exhibe en pronunciamientos de la Cámara Nacional de Casación Penal en los que se afirma que 'el sobreseimiento exige certeza negativa, toda vez que tal pronunciamiento no debe dictarse si existen indicios para sospechar de la responsabilidad del imputado, en tanto que es en la etapa de juicio donde es requerida la certeza positiva sobre la existencia del hecho y la responsabilidad del imputado' (ver fallos de la Sala II de la CNCP dictados en la causa n° 3010, "Tristán, Francisco Gerónimo", reg. n° 4028 del 27/04/01, y en la causa n° 5246 - "Rosemberg, León" del 22/11/2004).

(47) Ver la cita de Julio Maier en la nota a pie de página anterior, en donde se destaca que el sobreseimiento podría admitir la la probabilidad negativa o la duda si la investigación se encuentra agotada.

(48) Ver lo antes referido a la posibilidad de que el juez civil revise la absolución penal en lo concerniente a la 'culpa'.