

ANTEPROYECTO DE CÓDIGO PENAL (2019)

Análisis de los cambios que impactan
en la persecución de la corrupción
y la criminalidad económica.

MARZO 2019

Anteproyecto de Código Penal (2019). Análisis de los cambios que impactan en la persecución de la corrupción y la criminalidad económica. Centro de Investigación y Prevención de la Criminalidad Económica (CIPCE). Marzo de 2019.

Coordinación de la publicación

*Agustín Carrara
Martina Cirimele*

Investigación

*Agustín Carrara
Martina Cirimele
Sofía Díaz Pucheta
Alejandra Freire
Natalia Luna Jabase
Nicolás Macchione
Clarisa Marano
Federico Martínez
Joaquín Posse
Victoria Prado
Juan Maximiliano Segundo
Jimena Zicavo*

Edición

Antonella Comba



Este documento es de difusión pública y no tiene fines comerciales. Es publicado bajo una licencia Creative Commons Atribución - No Comercial. Para ver una copia de esta licencia, visite <http://creativecommons.org.ar/licencias>



**Centro de Investigación y Prevención
de la Criminalidad Económica**

Talcahuano 256. Piso 2.
CABA, Argentina
(54 11) 4373 6304
www.cipce.org.ar
info.cipce@gmail.com

Introducción	4
Sumario ejecutivo	6
1. Recupero de activos	9
— El decomiso	10
— La administración de bienes cautelados	14
— La extinción de dominio (DNU 62/2019)	15
2. Persecución penal	19
— La prescripción	19
— Los criterios de oportunidad	20
3. Personas jurídicas	24
— Actuar en el lugar del otro	24
— La responsabilidad penal de las personas jurídicas	25
4. Delitos en particular	30
— Delitos contra la propiedad	30
— Delitos contra la Administración Pública	30
— Delitos contra el orden económico y financiero	34
— Delitos tributarios	35
— Delitos cambiarios	38
Nuestra propuesta: nuevos delitos vinculados a la corrupción y la criminalidad económica	40

Introducción

El 1º de marzo de 2019, en el Congreso de la Nación, el Presidente Mauricio Macri dio el discurso de apertura de las sesiones ordinarias y afirmó que:

“necesitamos que se aprueben reformas importantes, como el [Anteproyecto de] Código Penal. [...] Trabajó una comisión de gente calificada y tienen una propuesta. Espero que la aprobemos en el corto plazo”.

Ahora bien, **¿qué cambios introduce el Anteproyecto en materia de corrupción y criminalidad económica? ¿Qué impactos tendrían estas modificaciones legislativas en la persecución de estos delitos?**

El Código Penal argentino se sancionó en 1921. Hasta el momento ha tenido más de 900 reformas parciales y se han sancionado múltiples “leyes especiales” que están por fuera del Código. Por estas razones, a lo largo del tiempo **ha habido intentos para hacer una reforma integral** que unifique en una sola ley todas las normas penales, al mismo tiempo que las actualice y las “armonice” para asegurar su coherencia.

El último intento de reforma se inició *a principios de 2017* cuando el Poder Ejecutivo Nacional creó una comisión encargada de trabajar en un nuevo Anteproyecto de Código Penal. Esta propuesta fue terminada por la Comisión y entregada al Ejecutivo **en 2018**, para que la presentara en el Congreso como proyecto de ley. Sin embargo, **el Gobierno postergó en reiteradas oportunidades esta presentación.**

Ahora, en marzo de 2019, el Poder Ejecutivo finalmente envió al Congreso el Anteproyecto de Código Penal. No obstante esto, desde hace un par de meses, el CIPCE viene trabajando y analizando *una versión* que había trascendió públicamente, y que desde la Comisión Redactora habían confirmado que se asemeja a la definitiva. Los cambios que se analizan en este informe se mantienen en la versión presentada finalmente por el Ejecutivo.¹

¹ Este análisis se encuentra limitado por el hecho de que la versión difundida previamente no incluía una exposición de motivos que fundamentara los cambios adoptados.

En este informe explicaremos **cuáles son los principales cambios** que el Anteproyecto introduce en materia de **corrupción y delitos económicos**, y **qué impacto pueden tener en la práctica**. Asimismo, señalaremos **qué cambios deberían haberse introducido** pero están ausentes en el Anteproyecto.

Como organización de la sociedad civil, creemos que es fundamental acercarlos

a los/as legisladores/as y a la sociedad en general un breve análisis sobre la nueva regulación que se está analizando en materia de corrupción y criminalidad de los poderosos, del mismo modo que lo hicimos con el Anteproyecto de Código Penal de 2014.

Sumario ejecutivo

A continuación se resumen las modificaciones más relevantes de cada uno de los temas analizados en este informe.

DECOMISO DE BIENES:  Los principales cambios positivos consisten en que se permite el decomiso sin condena para cualquier delito, y se regula expresamente la recuperación de bienes lícitos de valor equivalente a los ilícitos. Sin embargo, en líneas generales el decomiso se sigue regulando como una pena, lo cual es un error conceptual que genera serios problemas en la práctica.

ADMINISTRACIÓN DE BIENES:  Si bien no es un tema propio del Código Penal, se opta por regular algunas cuestiones de manera parcial. En rigor, consideramos que lo que se necesita es una reforma integral del sistema de administración de bienes cautelados y decomisados en causas penales en la justicia federal.

EXTINCIÓN DE DOMINIO:  No queda claro cómo se compatibilizarán las diversas formas de decomiso que prevé el Anteproyecto con el DNU 62/2019 que establece la extinción de dominio a través de la justicia federal civil y comercial. Esto será un tema crucial, teniendo en cuenta los distintos problemas que presenta la regulación del DNU.

PRESCRIPCIÓN:  La regulación que propone el Anteproyecto facilita la posibilidad de que prescriban los casos de corrupción, a la vez que reproduce una visión incompleta y desde nuestro punto de vista errada de la corrupción al pensarla como un fenómeno propio del sector público y los funcionarios estatales. Dicha representación deja de lado las relaciones que existen entre el sector público y privado.

<p>CRITERIOS DE OPORTUNIDAD:</p> <p></p>	<p>En el Anteproyecto se mantiene como regla la obligación de perseguir todos los delitos, impidiendo que se racionalice la persecución penal. Además, se regulan cuestiones de competencia provincial. Finalmente, consideramos que falta un debate más profundo sobre cómo queremos aplicar los criterios de oportunidad y de otras formas de extinción de la acción en casos de corrupción y criminalidad económica.</p>
<p>ACTUAR EN EL LUGAR DEL OTRO:</p> <p></p>	<p>Es positiva la inclusión de esta cláusula, que soluciona una laguna de punibilidad para ciertos casos de personas que actúan en representación de una persona física o jurídica. .</p>
<p>RESPONSABILIDAD PENAL EMPRESARIA</p> <p></p>	<p>Se siguen los lineamientos de la regulación de la ley 27.401 que generó un amplio debate sobre cuál debe ser el rol de los programas de <i>compliance</i> en las empresas. La cláusula que permite que en ciertos casos las empresas no sean sancionadas presenta algunos puntos que pueden facilitar la impunidad de las corporaciones.</p>
<p>DELITOS CONTRA LA PROPIEDAD</p> <p></p>	<p>Se mantiene la redacción actual del delito de usura, que solo refiere al “aprovechamiento de una necesidad, ligereza o inexperiencia” de quien toma un crédito. En base a cómo funciona el mercado de créditos informal, proponemos modificar la redacción para incluir criterios objetivos en función de exorbitancia de tasa de interés.</p>
<p>DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA:</p> <p></p>	<p>El Anteproyecto aumenta las penas de los delitos cometidos fundamentalmente por funcionarios/as. Si bien esto es positivo, no se replica la misma medida para los demás delitos económicos. Asimismo, el delito de enriquecimiento ilícito se aplicará ahora a menos funcionarios/as, mientras que la omisión de presentar declaraciones juradas se regula de manera más clara.</p>
<p>DELITOS CONTRA EL ORDEN ECONÓMICO Y FINANCIERO:</p> <p></p>	<p>Una modificación sumamente positiva es la inclusión del delito de soborno entre privados. Además, se mejora la redacción del delito de suministro o uso de la información privilegiada, lo cual es un punto favorable del Anteproyecto. Sin embargo, en el delito de manipulación y oferta engañosa de valores negociables se introduce un cambio de redacción que puede generar alguna</p>

confusión en la práctica. Finalmente, en el delito de captación no autorizada de ahorros públicos, se agrega una limitación que actualmente no existe.

DELITOS TRIBUTARIOS:  Dos de los cambios principales en este tema refieren al delito de evasión fiscal. Por un lado, se agrega específicamente como medio comisivo la “falta de presentación maliciosa de declaración jurada”. Por otra parte, se mantiene la redacción actual en cuanto a la posibilidad de extinguir la acción penal por el pago de lo evadido, que presenta ciertos problemas en comparación con la legislación que regía hasta 2017. Por eso, incluimos algunas propuestas de CIPCE sobre cómo regular este punto.

DELITOS CAMBIARIOS:  Entre los cambios principales cabe destacar que a los delitos cambiarios se agregan algunas exigencias que actualmente no están presentes, (lo que puede dificultar la prueba), se disminuyen algunas penas de prisión y de inhabilitación especial y se establece una cláusula de eximición de pena en ciertos supuestos.

NUEVOS DELITOS (NO PREVISTOS):  Finalmente, desde el CIPCE proponemos que se debata la creación de nuevos delitos que no han sido incluidos en el Anteproyecto. En ese sentido tenemos diferentes propuestas que se vinculan a la prohibición amplia de conflictos de intereses, la prohibición de la manipulación y desnaturalización de los mercados, la prohibición de la obtención indebida de fondos públicos y la prohibición del peculado de uso.

1.

Recupero de activos

En los delitos económicos como en otros fenómenos criminales es fundamental que los Estados puedan intervenir y accionar sobre los bienes ilícitos vinculados a estos delitos (por ejemplo dinero, automóviles, inmuebles, campos, entre otros). Ese campo de acción debe comprender tanto a **los bienes que son el producto o la ganancia del delito, como** a aquellos que han sido utilizados para cometer el hecho (**instrumentos**).

En líneas generales, **el proceso de recupero de activos involucra las siguientes etapas:**

- ▶ La identificación y localización de los bienes.
- ▶ La cautela provisional de esos bienes para que eventualmente puedan ser recuperados (por ejemplo, a través de un embargo).
- ▶ El decomiso de los bienes, como el acto a través del cual el Estado adquiere de manera definitiva la propiedad del bien, pudiendo darle diversos destinos.
- ▶ La administración de los bienes, tanto de algunos cautelados (ejemplo, un auto secuestrado) como de los decomisados.

Puntualmente el **Anteproyecto** introduce una serie de modificaciones **en la regulación de estas últimas dos etapas.**

El decomiso

- Actualmente, la posibilidad de **decomisar bienes sin** necesidad de que exista una **condena** penal existe solo para los delitos contra el orden económico y financiero. El Anteproyecto lo amplía a **todos los delitos** (art. 23, inc. 5)

- + **La ampliación de delitos frente a los cuales pueden decomisarse bienes sin necesidad de condena penal es un cambio sumamente positivo.** No existen razones para una limitación como la que contiene hoy el Código Penal.

Lo dicho no implica afirmar que en todos los casos penales los/as fiscales deben impulsar el decomiso sin condena de los bienes. Sin embargo, para garantizar esto último no es necesario limitar los delitos en los cuales puede aplicarse el decomiso sin condena (como ocurre en el Código Penal actualmente), sino que puede regularse a través de instrucciones dictadas por cada Ministerio Público Fiscal.

Ahora bien, este artículo del Anteproyecto también tiene un serio problema: como ocurre con el Código Penal actual, sigue ligando el decomiso sin condena a aquellos casos en los que no pueda juzgarse a la persona acusada (por prescripción, fuga, etc), o a los casos en los que “el imputado haya reconocido la procedencia o el uso ilícito” de los bienes. Esta forma de regular el decomiso demuestra que esta medida sigue siendo vista como una pena.

- ! **Desde nuestro punto de vista la reforma del Código Penal es una oportunidad crucial para establecer que el decomiso de bienes ilícitos no es una pena,** y por ende no debe ser regulado vinculándolo necesariamente al juicio de responsabilidad penal y a la condena en sede penal. Se trata de una medida que apunta a que los actos ilícitos no generen beneficios (es decir, que nadie sea dueño/a de algo que obtuvo a partir de un delito) y que las cosas que fueron obtenidas de manera lícita también sean usadas para los fines que el derecho permite. Ya sea en la justicia, en el Congreso o en las universidades, quienes igualan el decomiso a una pena continúan obstaculizando el desarrollo de políticas eficientes de recupero de activos.

- El Anteproyecto **permite que no se decomisen** los bienes que hayan sido utilizados para cometer el delito **si el decomiso “no resultase proporcional** a la gravedad del delito cometido por la persona sobre la que recayese la medida o a su intervención en el hecho” (art. 23, inc. 4).

⊖ Esta redacción ratifica que, en definitiva, **en el Anteproyecto del Código Penal el decomiso de bienes ilícitos sigue pensándose como una pena**. El Anteproyecto parecería indicar algo distinto al cambiar el nombre del Título en el cual se encuentra comprendido este artículo (actualmente, “De las penas”; en el Anteproyecto, “De las consecuencias jurídicas del hecho”). Sin embargo, la redacción del art. 23 que aquí se transcribe demuestra que en última instancia el decomiso sigue siendo tratado como un castigo.

En primer lugar, si bien el artículo alude a “la intervención de la persona en el hecho”, cabe aclarar que actualmente **pueden decomisarse bienes que se encuentren en poder de una persona que no participó** en el hecho ni cometió ningún delito (justamente, porque el decomiso es una medida dirigida contra el bien, no contra la persona). Si una persona utiliza un auto para transportar víctimas de explotación sexual y luego le regala ese vehículo a otro, el auto puede decomisarse por más que este nuevo propietario no haya participado en el delito. Éste es sólo uno de los distintos ejemplos que, desde nuestro punto de vista, demuestran que **esta regulación del decomiso sin condena es incorrecta**.

⊖ Por otra parte, este **análisis de la “proporcionalidad”** que introduce el Anteproyecto para el decomiso de instrumentos del delito podría presentarse en casos excepcionales. Pero regularlo de este modo en el Código Penal **genera un margen de discrecionalidad** que puede resultar sumamente problemático, ya que los/as juezas podrían empezar a recuperar menos bienes amparándose en esta cláusula del Anteproyecto. Esto afectaría especialmente a los casos de lavado de activos. Veamos el siguiente ejemplo: supongamos que un/a funcionario/a ha recibido un soborno de \$300.000. Eventualmente termina depositando este dinero en su cuenta bancaria en la que ya tiene \$2.000.000, que provienen de su sueldo. Si bien estos dos millones son lícitos, le han servido para

introducir esos 300 mil ilícitos en la economía formal, reduciendo la posibilidad de que el Estado detecte su origen ilícito. De este modo, todo el dinero de la cuenta bancaria ha sido utilizado para lavar la ganancia del soborno. En este sentido, así como los 300.000 son el producto del delito de cohecho, los 2.000.000 son el instrumento del delito de lavado. Por esa razón es que todo el dinero debería ser decomisado, ya que **la mezcla entre bienes ilícitos y lícitos produce la “contaminación” de estos últimos.**

El caso donde se condenó al clan Ale por lavado presentó una discusión similar. El Tribunal Oral ordenó un decomiso menor que el que había solicitado la fiscalía, optando por la tesis de la “contaminación parcial” en lugar de la “contaminación total”. Esto significó que decomisaron bienes por 8 millones de pesos, en lugar de los \$35.974.069,52 que solicitó la fiscalía. Es decir, **por no decomisar todos los instrumentos del delito, se recuperó menos de un cuarto de lo que pedían los/as fiscales.**

En definitiva, ¿por qué es importante decomisar los instrumentos del delito? Porque el Estado tiene interés no solo en que las personas tengan bienes cuya propiedad han adquirido lícitamente, sino que además la utilización de esos bienes debe hacerse conforme a derecho. Si un bien que era lícito es utilizado para cometer un delito, la persona pierde el derecho que tenía sobre esa cosa. **Esta reforma del Anteproyecto habilita a que en ciertos**

 **casos (sobre todo, los casos de lavado) se reduzca la cantidad de bienes decomisados por el Estado.**

 En el Anteproyecto se prevé expresamente la posibilidad de decomisar **bienes lícitos de valor equivalente a los ilícitos**, si “por cualquier circunstancia fáctica o legal no fuese posible el decomiso total o parcial” de estos últimos (art. 23, inc. 6)

Actualmente, el Código Penal no prevé esto expresamente.

 Por esta razón desde el CIPCE consideramos que **la incorporación es positiva**. Son varios los casos en los que puede ser necesario decomisar un bien lícito de valor equivalente al ilícito. Esto puede ocurrir tanto cuando el bien ilícito no se localiza, como cuando se

ha consumido, o cuando está en poder de un tercero de buena fe y a título oneroso. La redacción genérica que propone el Anteproyecto abarca todos estos casos.

De cualquier modo, es necesario remarcar que el Código Penal actual, si bien no prevé expresamente el decomiso de bienes de valor equivalente, tampoco lo prohíbe. De hecho, una interpretación adecuada del actual art. 23 debe llevar a la conclusión de que **hoy en día es posible decomisar bienes de valor equivalente** en todos los casos mencionados previamente. Ésta es la postura que deben sostener los Ministerios Públicos Fiscales en cada caso puntual.

- En el Anteproyecto ya no se habla del decomiso de “cosas” (actual redacción del Código Penal) sino de “**dinero, cosas, bienes o cualquier clase de activo**” (art. 23, inc. 1)

En la actualidad no existe discusión en cuanto a la posibilidad de decomisar cualquier clase de activo. Por esta razón, como señalan Patricia Ziffer y Fernando Córdoba (integrantes de la Comisión redactora del Anteproyecto) en su disidencia, esta nueva redacción puede llevar a confusiones en la práctica. En este sentido, consideramos que **sería más simple utilizar solamente la expresión “bienes”,** que engloba a todas las demás.

- El Anteproyecto agrega que el decomiso abarca el “producto, el provecho o la **ganancia, directos o indirectos**”. Agrega también que esto aplica “cualesquiera que fueran las **transformaciones o sustituciones** que hubiesen podido experimentar” los bienes.

En el caso de que el bien que sea producto de un delito esté en poder de un tercero, la redacción cambia a la siguiente: “El decomiso también se dispondrá, **aunque afectase a terceros,** si éstos se hubiesen beneficiado a título gratuito o de mala fe” (art. 23, inc. 1)

En todos estos cambios, las redacciones que se proponen pueden ser correctas, pero cabe remarcar que **en la actualidad ya es posible decomisar todos los bienes que se indican en este artículo, en**

todas esas circunstancias. Tener claridad sobre este punto es fundamental para **evitar que un cambio de redacción habilite un litigio de las defensas** en el cual se sostenga que previamente no estaba legislado el decomiso del producto “indirecto” del delito, o de bienes que hayan sufrido transformaciones (por ejemplo, el dinero que se obtuvo por la venta de un auto), o de un bien en poder de terceros a título gratuito o de mala fe.

La administración de bienes cautelados

- El Anteproyecto regula algunas **pautas de administración de bienes cautelados**, como ciertos casos de venta de bienes en subastas (art. 24, inc. 1).

El Código Penal no es la normativa idónea para regular la administración de bienes cautelados y/o decomisados, ya que esto se vincula con cuestiones procesales, administrativas y de gestión. De hecho, el Anteproyecto reconoce esto en tanto previo a establecer estas pautas de administración remite a “lo que disponga la normativa correspondiente”. Sin embargo, si se opta por regular algo al respecto, lo que debe implementarse (en la justicia federal) es **una reforma integral del sistema de administración de bienes cautelados y decomisados en causas penales.**



En la actualidad, este sistema se organiza en base a un **entramado normativo complejo y poco transparente.** Las normas y la práctica demuestran que cada juez federal que autoriza una medida cautelar que implique el desapoderamiento del bien (por ejemplo, el secuestro de un auto) o un decomiso, es la misma persona que se encarga de decidir quién administrará ese bien y cómo. Esto presenta una serie de problemas graves: la **ineficiencia** del sistema debido a la falta de una administración centralizada y realizada por personas capacitadas para la tarea; una **falta de transparencia** del sistema que radica en el desconocimiento e incapacidad de ejercer un control adecuado por parte de la sociedad sobre cuál es el destino de dichos bienes); y, como consecuencia de mencionado, existencia de **prácticas corruptas dentro del sistema de justicia.**

Un ejemplo de estas problemáticas es lo que ocurrió en la causa por lavado de dinero del Cartel de Juárez. En esa investigación, el juez y el administrador judicial que aquél había nombrado fueron denunciados por el delito de administración fraudulenta.

Actualmente existen muchas fallas en el sistema de administración de bienes decomisados en el proceso penal. En rigor, el único punto que modifica el Anteproyecto es el art. 24, inc 1. Por eso consideramos que el cambio normativo introducido por el Anteproyecto es notoriamente insuficiente. Por eso argumentamos que es necesario repensar el régimen normativo que regula la administración de bienes, con también una reorganización de los sistemas de información del Ministerio Público Fiscal sobre medidas cautelares reales y decomisos, como también el rediseño de las áreas especializadas en la administración de bienes.

La extinción de dominio (DNU 62/2019)

El Anteproyecto, al igual que el Código Penal actual, regula un decomiso que se aplica con la condena y otro (mucho más excepcional) que se aplica sin necesidad de que exista una condena. De cualquier modo, ambos se dictan en el marco de una causa penal y por orden de un juez penal.

Recientemente, el Gobierno dictó **el DNU 62/2019, que regula la extinción de dominio** de bienes vinculados a ciertos delitos complejos. Se trata de un proceso de recupero de activos **que se aplicará a través de la justicia federal civil y comercial**, al que se le asigna el nombre de “extinción de dominio, tal y como se ha hecho en otros países de la región. La pregunta obvia es **cómo se compatibilizarán estas distintas herramientas para recuperar activos y si esto generará una mayor eficiencia.**

En principio, es difícil responder a esta pregunta. Y esta dificultad se origina en la **gran cantidad de problemas que presenta el DNU**. En primer lugar, se trata de un Decreto de Necesidad y Urgencia dictado en un contexto en el que **no existía “necesidad y urgencia”**, según los parámetros fijados por la Corte Suprema de Justicia de

la Nación. Ésta es una de las principales razones por las cuales -al momento de escribir estas líneas- el Decreto ya ha sido rechazado la Comisión Bicameral Permanente de Trámite Legislativo y podría ser rechazado por las dos Cámaras del Congreso, en cuyo caso no tendría vigencia.

Sumado a estas cuestiones de constitucionalidad, la regulación que el DNU establece para la extinción de dominio presenta otra serie



de **puntos problemáticos**:

- ▶ El DNU dice regular un “proceso autónomo e independiente” del penal (art. 1). Sin embargo, para poder iniciar la extinción de dominio en la justicia civil y comercial, primero **se requiere que los bienes hayan sido cautelados** en una causa penal (art. 8). Por lo tanto, la propuesta del DNU se vuelve incoherente, confusa, innecesaria e ineficiente.
- ▶ La inclusión de la extinción de dominio en el fuero civil y comercial federal (art. 2) se realiza **sin haber hecho una evaluación de impacto** previa, para determinar cuál será la carga de trabajo que esto demandará. Además, la justicia civil tiene menos perspectivas de reforma que la justicia penal. No es imprescindible sacar el recupero de activos de la justicia penal para poder regularlo como una medida distinta de una pena.
- ▶ El DNU abarca bienes vinculados a distintos delitos (art. 6). Algunos de ellos son de competencia de las justicias provinciales, por lo cual esos bienes son recuperados actualmente por fiscales y jueces provinciales, no federales. Sin embargo, esta regulación prevé que la extinción de dominio solamente se ejerza en la justicia federal, y no se prevé ningún tipo de adhesión de las provincias. Esto puede derivar en **problemas de competencia entre los distintos sistemas de justicia**.
- ▶ En cuanto a los **delitos abarcados** (art. 6), el DNU dice apuntar a recuperar los bienes ilícitos que provengan de la corrupción y otros “delitos graves”. Sin embargo, **deja afuera una gran cantidad de delitos económicos**: evasión de impuestos, fuga de capitales, delitos financieros, entre otros. Incluso

entre los de corrupción de funcionarios hay algunos que no se encuentran comprendidos, como la omisión de incluir ciertos datos en las declaraciones juradas. De este modo, quedan excluidos de la extinción de dominio casos como el de Luis Caputo y Noctua, la gerenciadora de fondos de inversión.

- ▶ En cuanto al **tipo de bienes abarcados** (art. 5), la extinción de dominio aplica al producto o ganancia generada por los delitos, pero **no incluye a los bienes que hayan sido utilizado para cometer el hecho (los instrumentos)**. Como mencionamos al hablar del decomiso, esto puede ser un gran problema para los casos de lavado de activos, donde pueden utilizarse como instrumentos del delito una gran cantidad de bienes.
- ▶ La **administración de los bienes cautelados** (para luego extinguir su dominio) se pone a cargo de la Agencia de Administración de Bienes del Estado y el Fondo de Garantía de Sustentabilidad de la ANSES (art. 13). Nuevamente, se desaprovecha la oportunidad de reformar íntegramente el sistema actual de administración de bienes.
- ▶ **No se establece con claridad cuál es el estándar de prueba necesario** para poder extinguir el dominio de un determinado bien. Si se interpreta que alcanza con el dictado de cualquier cautelar en sede penal, esto puede presentar serios problemas, ya que las cautelares solo requieren “verosimilitud del derecho”.
- ▶ **Se invierte la carga de la prueba con una regulación poco precisa** (art. 10). Nuevamente, pareciera que el dictado de cualquier cautelar en sede penal por sí solo habilita la inversión de la carga de la prueba.



Todos estos problemas señalados generan la seria posibilidad de que la aplicación del DNU se encuentre con planteos de nulidades de las defensas en diversos casos. Sin dudas, ésta no es la forma de lograr una Justicia más eficiente en materia de recupero de activos.

Por otra parte, si existe una verdadera preocupación por la demora en los casos penales, **debe dejar de frenarse la implementación del nuevo Código Procesal Penal de la Nación**, que fue puesto en suspenso por el DNU 257/2015.



Tanto este DNU como las políticas de recupero de activos en general ameritan un debate sólido desde lo político y lo técnico. En líneas generales, ni el oficialismo ni la oposición han cumplido esto. Una discusión plagada de errores, falacias y descalificaciones solo puede derivar en políticas públicas de baja calidad y sistemas de justicia con un mal funcionamiento.

2.

Persecución penal

La prescripción

La forma en la que se regule la prescripción de la acción penal determina -en base al paso del tiempo- qué hechos pueden ser juzgados y cuáles no. Considerando que los procesos penales por corrupción y criminalidad económica **suelen demorar varios años (incluso décadas)**, es fundamental analizar cuáles son los cambios que introduce el Anteproyecto en este punto.

La **prescripción** puede o bien **interrumpirse** (y volver a contarse el plazo desde cero) o bien **suspenderse** durante un determinado tiempo (para eventualmente retomar el cálculo desde el punto en el cual se había suspendido). Actualmente, el Código establece que en el caso de “delitos cometidos en el ejercicio de la función pública”, la prescripción se suspende “para todos los que hubiesen participado” (es decir, funcionarios y privados) “mientras cualquiera de ellos se encuentre desempeñando un cargo público”. Ahora bien, en el Anteproyecto:

→ para que se suspenda la prescripción **en casos de corrupción, se agrega un requisito que hoy no existe**: que alguno/a de los/as imputados/as esté desempeñando un cargo público “en cuyo ejercicio pudiera impedir o dificultar la investigación” (art. 67).

! La regulación que propone el Anteproyecto **facilita la posibilidad de que prescriban los casos futuros de corrupción**, porque agrega un elemento más que debe probarse para que pueda suspenderse el cómputo de la prescripción. Asimismo, esta norma (por ser más benigna para las personas investigadas) se aplicaría

retroactivamente, lo cual podría significar la prescripción de **casos pasados y actuales** de corrupción.

Esta regulación que presenta el Anteproyecto desconoce que la capacidad de una persona para ejercer poder -y así obstaculizar directa o indirectamente una investigación- **no necesariamente se vincula con el ejercicio de ciertos cargos públicos**. En efecto, **el Estado se gestiona a través de redes informales de poder**, en las cuales muchas decisiones no circulan a través de los canales institucionales. Pensar que para obstaculizar una investigación penal es imprescindible ser fiscal o juez/a u ocupar un cargo de alta jerarquía en otro Poder implica sostener una **visión incompleta y errada de cómo funcionan las relaciones** entre diversos actores del sector público y privado para gestionar del Estado.



Los criterios de oportunidad

El control del flujo de casos y la carga de trabajo es uno de los desafíos fundamentales para el sistema de justicia y puntualmente para los Ministerios Públicos Fiscales. Una de las formas de incidir sobre este problema es pasando del paradigma regido por el principio de legalidad a otro donde prime el principio de oportunidad. Se trata de **dejar atrás la idea -imposible en la práctica- de que deben investigarse y perseguirse de la misma manera todos los delitos** existentes, pretendiendo una condena en cada uno de ellos. Es fundamental **racionalizar la persecución penal** y redirigir la selectividad del sistema para que dejen de ser los/as pobres quienes pueblen las cárceles.

A estos fines, **las legislaciones procesales de las provincias han desarrollado diversos criterios de oportunidad**, que permiten que los/as fiscales prescindan total o parcialmente del ejercicio de la acción penal en ciertos casos (hechos que no afecten gravemente el interés público; hechos en los cuales la persona imputada sufrió algún tipo de daño; entre otros). La regulación de estos criterios presenta similitudes en los diversos Códigos Procesales Penales de las provincias, pero también puede contener diferencias.

- El Anteproyecto **mantiene como regla el principio de legalidad**, con la obligación de perseguir todos los delitos, y establece la oportunidad como excepción (art. 71).

Una regulación de este tipo **no permite un verdadero cambio de paradigma a través del cual se racionalice la persecución penal**.

Al contrario, desde el CIPCE consideramos que la oportunidad en el ejercicio de la acción penal no debe pensarse como una excepción al principio de legalidad, sino como la regla.

- El Anteproyecto **establece cuáles serán los criterios de oportunidad admisibles** (art. 71).

Actualmente, en materia de criterios de oportunidad, el Código Penal remite a las legislaciones provinciales (arts. 59 y 71). Esto permite **que cada provincia administre su política criminal como lo considere más conveniente**, en base a la realidad de esa jurisdicción. Justamente, la regulación de los criterios de oportunidad no debe ser necesariamente la misma en cada provincia; eso dependerá tanto de los fenómenos criminales existentes como de los recursos institucionales, entre otros

- ⊖ **el Anteproyecto se inmiscuye en una materia de regulación provincial**, vinculada a cómo se ejerce la acción penal, y establece una regulación única para todo el país, cuestión que consideramos problemática. Esto impide tener en cuenta las particularidades y las decisiones político criminales de cada provincia. Además, se propone de una regulación que presenta algunas confusiones, como veremos a continuación.

- El Anteproyecto parece incluir la **conciliación y los acuerdos reparatorios** entre los criterios de oportunidad (art. 71)

- ⊖ En verdad, **la conciliación y los acuerdos reparatorios no son supuestos de aplicación de un criterio de oportunidad**, sino que son otras causales distintas de extinción de la acción penal. La relevancia de esta distinción reside en que si existe un acuerdo entre la persona imputada y la víctima (en los casos en los que esté

regulado), no se necesita la decisión de los/as fiscales para extinguir la acción penal, como sí ocurre con los criterios de oportunidad.

- Para aplicar los criterios de oportunidad en los casos de hechos insignificantes o hechos en los que la persona imputada sufrió un daño, el Anteproyecto exige que “el imputado hubiese **reparado los daños y perjuicios** en la mayor medida que le fuese posible” (art. 71).

Esta regulación toma como base legislaciones como la de la provincia de Santa Fe (art. 19 del Código Procesal Penal de la provincia). **Este tipo de regulaciones son contradictorias**, por lo que requieren una adecuada interpretación. La aplicación del criterio de oportunidad por insignificancia permite que luego la víctima impulse el proceso como querellante, a través de la “conversión de la acción”. Esto último no descarta la posibilidad de que luego se llegue a una conciliación o reparación del perjuicio. Por lo tanto, exigir de manera imprescindible esta reparación para la aplicación del criterio de oportunidad por parte de la fiscalía es incoherente.

Para que la regulación tenga coherencia interna **debe especificar que puede o no existir acuerdo con la víctima y/o reparación al momento de aplicar la disponibilidad de la acción**. Si existiera acuerdo y reparación entre imputado/a y víctima, no debiera admitirse la conversión de la acción. Si no hubiera acuerdo y reparación, debería quedar abierta la posibilidad de que la persona damnificada continúe con su caso a través de la querrela, por vía del mecanismo de conversión de la acción.

- El Anteproyecto impide “hacer uso de los criterios de oportunidad si el hecho objeto de imputación hubiese sido cometido en un contexto de **violencia de género** o hubiese estado motivado por **razones discriminatorias**” (art. 71).

Nuevamente, el Anteproyecto se inmiscuye en materia de regulación provincial sobre el ejercicio de la acción penal. Más allá de eso, es importante dar una discusión más amplia sobre

cuáles son los casos en los que debería impedirse la aplicación de criterios de oportunidad.

Es cierto que en algunos criterios se remite a “la afectación del interés público” como límite, pero esto también podría precisarse en términos de ciertos grupos de delitos, como lo hace el Anteproyecto hechos de violencia de género y discriminación. En este sentido, hace falta un debate más profundo sobre **cómo queremos aplicar los criterios de oportunidad y de otras formas de extinción de la acción (por ejemplo, acuerdos reparatorios) en casos de corrupción y criminalidad económica**. Los acuerdos celebrados en distintos países de la región con el grupo económico encabezado por Odebrecht son un buen ejemplo de la importancia de esta discusión.

3.

Personas jurídicas

En lo vinculado a la participación de empresas y otras personas jurídicas en delitos económicos, hay **dos grandes temas** que deben ser analizados en el Anteproyecto. El primero tiene que ver con la figura de “actuar en el lugar del otro”. Esa figura, que actualmente no se encuentra en el Código Penal, permite sancionar a la persona que realiza un hecho en representación de otra (física o jurídica), cuando aquélla no cuenta con las calidades que la ley exige para poder sancionarla. Por ejemplo, si según el Código Penal la evasión de los impuestos que debe pagar una empresa solo puede ser cometida por esa persona jurídica, las personas físicas que actúen representando a esa empresa no tendrían ninguna sanción por el delito cometido. Por esta razón, el “actuar en el lugar del otro” soluciona una laguna de punibilidad presente en nuestro Código Penal.

El segundo se vincula con la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Complementando al caso anterior, aquí la cuestión es permitir que por ciertos delitos sean sancionadas no sólo las personas físicas que intervengan sino también las personas jurídicas. En materia de criminalidad económica y ambiental, la participación de empresas y corporaciones se ha incrementado notoriamente en las últimas décadas, lo cual refuerza la importancia de poder sancionarlas por estos hechos.

Actuar en el lugar del otro

→ El Anteproyecto **regula la figura de “actuar en el lugar del otro”**, tanto para representantes de personas jurídicas como de personas físicas (art. 37).

+ Como dijimos, esta regulación **soluciona una laguna de punibilidad**. Es positivo que aplique no solo para quien actúa

en representación de una persona jurídica sino también de una persona física (por ejemplo, un operador informal que actúa en nombre de un funcionario o de un empresario).

En muchos casos no existirá un acto formal que genere la representación. El Anteproyecto prevé esto y establece que igualmente se sancionará a la persona “si ostentase facultades de organización y control dentro de la persona jurídica o de la empresa, o la representación de otro”.

Un supuesto es el de quien cuenta con un acto de designación que por alguna cuestión formal resulta ineficaz, y otro caso distinto es el de quien directamente no cuenta con ningún acto formal de designación (el administrador de hecho). Este último supuesto en definitiva comprende al anterior, ya que es más abarcativo. En el caso de los operadores informales, por ejemplo, ya se que actúen en nombre de personas físicas o jurídicas, es evidente que no existirá un acto de designación. Por esta razón, **deben evitarse interpretaciones restrictivas** que no tengan en cuenta -por ejemplo- que **las empresas pueden recurrir a intermediarios que no cumplan ningún rol formal dentro de su estructura**. Estos casos deben entenderse abarcados dentro de lo que la norma del Anteproyecto denomina “ostentar facultades de organización y control dentro de la persona jurídica”.

— La responsabilidad penal de las personas jurídicas

- El Anteproyecto establece que **las personas jurídicas serán responsables** por delitos cometidos tanto por “integrantes de sus órganos” como por terceros que actuaran en su representación (art. 38)

Las personas jurídicas pueden cometer delitos o a través de las personas físicas que trabajan formalmente en aquellas (por ejemplo, el presidente del directorio de una sociedad anónima), o por medio de personas que no integren formalmente sus órganos. Por eso, es importante que la ley abarque ambas posibilidades. De lo contrario, por ejemplo, bastaría con



que una persona jurídica pagaran un soborno a través de un intermediario que no trabaje en la empresa para evitar su responsabilidad penal.

- El Anteproyecto **amplía los delitos** en los cuales las personas jurídicas pueden ser sancionadas penalmente (art. 38)

Esto cambio es provechoso porque existen delitos en los cuales la participación de empresas es relevante y sin embargo hoy en día no están abarcados por las normas de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Sin embargo, en el listado del

- ! Anteproyecto **faltaría incluir delitos importantes** tales como los vinculados a la libertad y la dignidad del **trabajo** (relevante, por ejemplo, para empresas textiles que recurren a la explotación laboral), o la **administración fraudulenta** en perjuicio de la Administración Pública.

- En el Anteproyecto, **los programas de “compliance”** de las empresas no actúan como eximentes de la responsabilidad penal.

Los programas de integridad a los que la ley refiere son, en esencia, los programas de “compliance” que proliferan a nivel mundial en materia de prevención del lavado de activos y otros delitos. Se trata de dispositivos institucionales implementados por las propias empresas a los fines de cumplir con la normativa existente y de prevenir y detectar fraudes cometidos por sus empleados y directivos (por ejemplo, crear códigos de ética, líneas de denuncia, capacitaciones internas, mecanismos de supervisión, etc).

En esta modificación **el Anteproyecto sigue en gran medida la regulación de la ley de responsabilidad penal empresarial** (ley 27.401). En rigor, en la redacción original del proyecto de ley se preveía que las personas jurídicas serían responsables solamente “cuando la comisión del delito fuere consecuencia de un control y supervisión inadecuados por parte de éstas” (art. 3). A su vez, el mismo artículo establecía que dicho control y supervisión serían considerados adecuados cuando, “con anterioridad a la

comisión del delito, la persona jurídica hubiera implementado un programa de integridad” en los términos que el proyecto describía. Así, en la redacción original del proyecto **los programas de compliance, al actuar como criterio eximente de la responsabilidad, se convirtieron en la primera válvula de escape** de las personas jurídicas para evitar cualquier sanción penal. Tengamos en cuenta que cualquier multinacional cuenta con programas de compliance, incluso aquellas que han estado involucradas en los casos de corrupción más trascendentes a nivel mundial: desde ENRON hasta Odebrecht, pasando por Siemens, IBM y Skanska.

Referentes de CIPCE participaron en los debates legislativos en la Cámara de Diputados ([aquí](#)) y en la Cámara de Senadores ([aquí](#) y [aquí](#)). Finalmente, **se logró modificar la redacción inicial del proyecto, eliminando el modelo de “déficit de organización”** que hubiera permitido que muchas corporaciones pudieran eludir la responsabilidad penal gracias a los programas de compliance. En ese sentido, se optó por un sistema denominado “vicarial”, similar al que nuestra legislación ya tenía para la responsabilidad penal de las personas jurídicas en casos de lavado de activos, evasión de impuestos y delitos cambiarios, entre otros.

Ahora bien, **los componentes de los programas de “compliance”** no desaparecieron del todo de la regulación legal, sino que varios de ellos **se transformaron en pautas para la determinación de la pena** en la ley 27.401. Lo mismo recepta el Anteproyecto en su art. 41.

- El Anteproyecto prevé para las empresas la misma posibilidad de **eximición de pena y de responsabilidad administrativa** que está prevista en la ley de responsabilidad penal empresaria (art. 41, inc. 2).

Tomando la redacción de la ley 27.401, el Anteproyecto prevé que la persona jurídica quedará “exenta de pena y de responsabilidad administrativa” cuando se den **simultáneamente tres factores**:

a) que “espontáneamente hubiese denunciado un delito [...] como consecuencia de una actividad propia de detección e investigación interna”; **b)** que “hubiese implementado un sistema de control y supervisión adecuados, con anterioridad al hecho del proceso, cuya violación hubiese exigido un esfuerzo de los intervinientes en la comisión del delito”; **c)** y que “hubiese devuelto el beneficio indebido obtenido”.



Frente a eso ante todo nos preguntamos,¹ ¿por qué no se prevé **un límite de veces en que podrá ser utilizado por la empresa este mecanismo?** Recordemos que en la evasión de impuestos la antiguamente denominada como “bala de plata” (esto es, la posibilidad de cerrar la causa penal a cambio de pagar los impuestos adeudados) podía ser utilizada una única vez. Con esta redacción en el Anteproyecto, una empresa podría presentarse en 10 causas distintas a confesar 10 casos de sobornos, y nunca sería condenada en tanto cumpliera con los tres factores arriba mencionados.

En segundo lugar, que la norma refiera a una “investigación interna” que permita detectar los hechos refleja que **la visión de la corrupción que allí se adopta es la del “empleado infiel”**: los actos corruptos serían el resultado de fraudes internos, cometidos por empleados que actúan de manera aislada e individual en una empresa que -en el peor de los casos- no hizo todo lo que podría haber hecho para prevenir esto. El problema es que esta visión se centra en los casos menos significativos de corrupción empresarial. Asimismo, **oculta** que, en verdad, este fenómeno criminal abarca **al delito como decisión de gestión empresarial**. Se trata de la corrupción como modelo de negocios de la empresa. De hecho, los estándares de compliance se han desarrollado a nivel internacional al ritmo de las propias empresas, que eligen -y exigen- ser juzgadas en base a esos criterios, por ser los que les resultan más convenientes.

¹ Para profundizar la lectura sobre este se puede consultar el artículo: [“Responsabilidad penal empresarial: los cambios del Senado”](#), de Agustín Carrara, publicado en Sin Corrupción el 6/10/2017.

En tercer lugar **¿cuándo una denuncia es “espontánea”?** De mínima, deberíamos entender que la empresa no haya sido imputada en una causa penal. Pero ¿será espontánea la autodenuncia si la empresa sabe que están investigando al funcionario al cual le pagó el soborno? Y ¿qué pasará cuando la empresa aún no esté siendo investigada en sede penal pero sí en sede administrativa (por ejemplo, por la AFIP)? En ese sentido consideramos que no queda claro cuándo se entenderá que una denuncia es “espontánea”, y por ende qué margen le deja esto a las empresas para especular con su impunidad. Además, esta norma está asumiendo que no existen filtraciones de información en la Justicia y en la Administración Pública. Por eso proponemos que **los/as fiscales deberían litigar a favor de una interpretación restrictiva** en torno a cuándo se considerará “espontánea” una autodenuncia.

En cuarto lugar, **¿cómo se valora ese “esfuerzo” de las personas físicas para violar el programa de compliance?** Y si se trata de un programa que no logró prevenir ni detectar el hecho oportunamente, ¿por qué esto debería ameritar una exención de pena? Nuevamente, consideramos que los Ministerios Públicos Fiscales deberían litigar aquí en torno a una **interpretación restrictiva**.

En quinto lugar, **¿qué se entiende por el “beneficio indebido obtenido”?** Si una empresa pagó un soborno para obtener un contrato con sobrepagos, ¿esto abarca solo al sobrepago, o a toda la ganancia del contrato, o al contrato en sí mismo? Considerando que con esta redacción no solo se exime a la empresa de pena sino también de responsabilidad administrativa, ¿continuará ejecutando un contrato que obtuvo de manera criminal? Y asimismo, si se trata de una investigación penal que no existe o que está en un estado incipiente, ¿cómo calculará el Estado este beneficio indebido? Parecería que esto igualmente ameritaría una investigación por parte de la fiscalía, más allá de lo que la empresa denuncie. En este caso, entendemos que **los/as fiscales deberían litigar una interpretación amplia del concepto de “beneficio indebido obtenido”**. Esto también aplica a la pena de multa para las personas jurídicas del art. 39 del Anteproyecto, que se calcula en torno a ese beneficio indebido.

4.

Delitos en particular

Delitos contra la propiedad

- En el Anteproyecto **se mantiene la redacción actual del delito de usura** (art. 176).

Actualmente, el Código Penal establece en el delito de usura un criterio subjetivo que refiere al “aprovechamiento de una necesidad, ligereza o inexperiencia” de quien toma un crédito (art. 175 bis). El Anteproyecto mantiene esta redacción.

Sin embargo, es necesario analizar cómo funciona el mercado de créditos informal y cuáles son sus características (sobre este punto, puede consultarse [este informe](#) de la Procuraduría de Criminalidad Económica y Lavado de Activos, de la Procuración General de la Nación). En base a cómo funciona este fenómeno criminal en la práctica, sería conveniente modificar la redacción para **incluir criterios objetivos en función de exorbitancia de tasa de interés**. A tal efecto, se podría considerar usuraria la tasa de interés que exceda en un cuarto de interés la tasa de créditos personales del sistema financiero.

Delitos contra la Administración Pública

- En el Anteproyecto **se aumentan las penas de los delitos contra la Administración Pública**.

Hoy en día, delitos de gravosas consecuencias como el enriquecimiento ilícito de funcionarios/as y la recepción de sobornos tienen una pena máxima de 6 años de prisión. Ese monto es equivalente a la pena máxima del hurto agravado y delitos como

el abigeato (robo de ganado). Entonces, considerando los derechos que se ven afectados en este tipo de casos de corrupción que involucran a delitos contra la administración pública, consideramos que las penas deberían ser mayores. Por ese motivo, evaluamos que este cambio en el Anteproyecto es positivo ya que genera una

- ⊕ **mayor proporcionalidad con** las penas establecidas en relación al **resto de los delitos** del Código Penal.

Sin embargo, **en el Anteproyecto el aumento de las penas se limita a los delitos cometidos por funcionarios/as**, en lugar de abarcar a todos los delitos económicos. Nuevamente, esto refleja **una visión**

- ⊖ **reduccionista del problema de la corrupción que ciñe los actos corruptos al sector público.** Al contrario, desde la perspectiva del CIPCE es fundamental comprender que **la corrupción está relacionada a un modo de hacer negocios donde se vinculan el sector público y el privado**, y que esas relaciones se inscriben en un universo más amplio: la criminalidad económica. Aumentar las penas de los delitos contra la Administración Pública pero no las de otros delitos económicos **reproduce esta visión reduccionista** y tiene como consecuencia una política criminal que no abarca el fenómeno de la criminalidad económica en su totalidad.

La causa de “**Los cuadernos**” es uno de los tantos ejemplos que muestran por qué esta visión es sesgada. Aquí se evidencia que los funcionarios/as no son los/as únicos/as responsables de la corrupción, sino que hay una red extensa de **empresarios/as que cumplen un rol fundamental en esta trama criminal.**

- En el delito de **negociaciones incompatibles** con el ejercicio de funciones públicas, se establece que **no es necesario que “exista perjuicio para la Administración Pública”** para que **se configure el delito** (art. 265)

- ⊕ Este cambio que introduce el Anteproyecto es **positivo**, ya que las negociaciones incompatibles que realice un/a funcionario/a afectan al Estado no solo desde un punto de vista patrimonial. Existe además una cuestión central que se vincula con la **violación del deber de fidelidad** que tiene todo/a funcionario/a en relación a como cumple su función.

Por otra parte, la redacción actual del art. 265 del Código Penal contiene **una expresión que se mantiene en el Anteproyecto**: se castiga al funcionario o funcionaria que “**se interesare**” en una contratación u operación. En la práctica judicial se han presentado problemas en torno a la determinación de qué implica “interesarse” en una contratación u operación. Sin embargo, con la modificación mencionada en el párrafo anterior (eliminar la exigencia de perjuicio patrimonial), creemos que estos problemas pueden resolverse.

- ➔ Se modifica la redacción del delito de **enriquecimiento ilícito** (art. 268, inc. 2).

Actualmente el Código Penal castiga el enriquecimiento ilícito de funcionarios/as públicos. El problema es que el Anteproyecto **limita este delito solamente a aquellos/as que estén obligados/as a presentar declaración jurada patrimonial**. De este modo, **se reduce el universo de personas que pueden ser castigadas por este delito**. Las declaraciones juradas son útiles para facilitar la prueba del delito, pero de ningún modo deben actuar como criterio restrictivo que excluya de posibles sanciones a una gran cantidad de funcionarios/as públicos/as.

Con esta modificación **quedarían excluidos/as todos/as los/as funcionarios/as de segundas líneas** -o menor rango- tanto de sociedades anónimas con mayoría de participación estatal (por ejemplo, Correo Argentino o Aerolíneas Argentinas) como de organismos del Estado (entre otros, Banco Central).

- ➔ En el Anteproyecto se modifica la redacción de la figura de **omisión maliciosa de presentar declaraciones juradas**. La omisión deja de ser “maliciosa” y pasa a ser “deliberada” (art. 268, inc. 3).

La adecuada presentación de las declaraciones juradas es clave para lograr una función pública transparente por dos cuestiones: a) permite dar cuenta de la **situación patrimonial del/de la funcionario/a** antes, durante y después de su gestión; b) permite detectar la posible existencia de **conflictos de intereses en el ejercicio de la función pública**, entre otras cuestiones a partir de

los los antecedentes laborales de la persona. **Justamente el caso de Luis Caputo** (ex presidente del Banco Central y Ministro de Finanzas) y Noctua, la gerenciadora de fondos de inversión, reavivó las discusiones jurídicas sobre el delito de “omisión maliciosa” y la importancia de **contar con un buen sistema de control de las declaraciones juradas** de funcionarios/as públicos/as.

Aquí, el Anteproyecto introduce un cambio no menor ya que actualmente **existen discusiones sobre qué implica la “maliciosidad”**. La doctrina y la jurisprudencia han presentado diversas posturas en torno a si esto equivale a cualquier tipo de dolo, a un dolo directo, o bien a un elemento subjetivo distinto del dolo que consista en la intención de “inducir a error sobre la situación patrimonial”. Así, la jurisprudencia más restrictiva ha considerado que “es preciso determinar la existencia de motivos para ocultar o sustraer determinados aspectos de la situación patrimonial del funcionario”. Como se observa, una interpretación como ésta implica en la práctica que para poder condenar por este delito se hace necesario demostrar por qué el/la funcionario/a ha falseado la información que contiene la declaración (o por qué ha omitido ciertos datos en ella). En estrecha relación con ello, la “deliberación” alude -según la RAE- a “resolver algo con premeditación”. Entonces, **si bien el cambio puede ser positivo, es factible que también esta nueva redacción genere discusiones sobre cuándo se configura el delito** (es decir, cuándo la omisión se puede considerar “deliberada”).

De cualquier modo, incluso con la redacción actual, es fundamental que **los/as fiscales litiguen a favor de una interpretación según la cual la “maliciosidad” sea entendida como una forma de dolo**, pero no como un elemento distinto. De lo contrario, si la maliciosidad se entiende como una ultrafinalidad y por ende se exige demostrar por qué el/la funcionario/a omite o falsea información, prácticamente se vuelve necesario demostrar otro delito para poder condenar por la omisión maliciosa del art. 268 (3) del Código Penal.

Delitos contra el orden económico y financiero

- ➔ El Anteproyecto **agrega** el delito de **soborno entre privados** (art. 302)
 - ⊕ Esta incorporación es **sumamente positiva**, ya que en la actualidad el Código Penal solamente incluye el soborno vinculado a funcionarios/as públicos/as. En este art. 302 se prevé tanto el caso de quien da el soborno como el de quien lo recibe. En la misma línea, el Anteproyecto también incorpora una norma sobre soborno entre privados específica para casos de corrupción vinculados al deporte (art. 479).

- ➔ El Anteproyecto modifica la redacción del delito de **suministro o uso de información privilegiada**, eliminando el requisito de que la persona trabaje “dentro de una sociedad emisora” (art. 305).
 - ⊕ Este cambio **mejora la tipificación actual**, ya que amplía el universo de personas que pueden ser sancionadas por este delito **sin limitarlo a quienes desempeñen funciones dentro de una sociedad emisora** (como lo exige el actual art. 307 del Código Penal). Así, por ejemplo, con esta nueva redacción podría sancionarse a sociedades que utilicen información privilegiada sin ser emisoras de títulos (por ejemplo, una sociedad de bolsa, entre otras).

- ➔ En el Anteproyecto se modifica la redacción del delito de **manipulación y oferta engañosa de valores negociables** (art. 307).

Actualmente el Código Penal prevé este delito en el art. 309, en el cual se castiga a quien “hiciera subir, mantener o bajar el precio de valores negociables u otros instrumentos financieros, valiéndose de noticias falsas, negociaciones fingidas, reunión o coalición entre los principales tenedores de la especie, con el fin de producir la apariencia de mayor liquidez o de negociarla a un determinado precio”. El Anteproyecto **sustituye la actual expresión “valiéndose de”** por otra: **“por medio de”**. Este cambio, si bien a primera vista puede parecer menor, **puede generar confusiones** si es

 - ⊖

interpretado en el sentido de que ahora serían más las cuestiones que deban probarse (básicamente, que la persona quiso lograr tal fin a través de tal medio).

- En el delito de **captación no autorizada de ahorros públicos**, se agrega una limitación que actualmente no existe: que esa captación se realice “para la adquisición de valores negociables” (art. 309).

Actualmente, el Código Penal castiga a quien “captare ahorros del público en el mercado de valores” sin la autorización correspondiente (art. 310). Con la modificación del Anteproyecto, **se deja por fuera del delito** a toda captación no autorizada de ahorros del público para la adquisición de **valores que no sean negociables**. Esto genera un **impacto negativo** por dos razones. Primero, porque en efecto existen valores que no son negociables como la certificación de deuda y los certificados de depósitos emitidos por financieras. Segundo, porque en valores que en principio son negociables, pueden incluirse cláusulas que los vuelvan no negociables (por ejemplo, una cesión de derechos con cláusula de no negociar).



Delitos tributarios

- El Anteproyecto, en el delito de **evasión**, **agrega** específicamente como medio comisivo la “**falta de presentación maliciosa de declaración jurada**” (art. 340)

Si bien la norma ya aclara que el delito puede ser cometido “por acción u omisión”, la **especificación que hace el Anteproyecto** al comprender específicamente **la no presentación de declaraciones**



juradas como forma de cometer el delito **es un cambio positivo**.

Sin embargo, la introducción de **la palabra “maliciosa” genera los mismos problemas de interpretación** que ya hemos mencionado al analizar el delito de omisión maliciosa de presentación de declaraciones juradas. En todo caso, nuestra propuesta es que para ambos delitos debe buscarse una redacción que genere menos discusiones a la hora de aplicar la norma para evitar problemas en la práctica.

- ➔ También en el delito de **evasión** se **quita la aclaración** de que el monto evadido **debe contarse en cada jurisdicción por separado**.

Actualmente, la ley establece que “para los supuestos de tributos locales, la condición objetiva de punibilidad establecida en el párrafo anterior [se refiere al monto de \$1.500.000 que debe superarse para que la evasión sea considerada delito], se considerará para cada jurisdicción en que se hubiere cometido la evasión. El Anteproyecto elimina esta cláusula, volviendo a la redacción que el Régimen Penal Tributario tenía previo al año 2017. De este modo, se **posibilita la**

- ⊕ **persecución de un/a contribuyente que haya evadido obligaciones tributarias locales en diferentes jurisdicciones** pero de tal modo que en cada jurisdicción no haya superado el monto de \$1.500.000, aunque sí lo supere en su conjunto. Igualmente, no debe descartarse la posibilidad de que esto genere algunos problemas de competencia en la práctica entre los sistemas de justicia de las distintas provincias.

- ➔ En el delito de **obtención fraudulenta de beneficios fiscales**, se agrega la expresión “o cualquier otro beneficio de naturaleza tributaria o de la seguridad social” (art. 347).

- ⊕ Esta aclaración resulta **positiva**, porque no limita el destino de la obtención fraudulenta de beneficios fiscales sólo a los fines que enumera actualmente la norma (esto es, que la persona obtuviere un reconocimiento, certificación o autorización “para gozar de una exención, desgravación, diferimiento, liberación, reducción, reintegro, recupero o devolución”). Se contempla así la posibilidad de que la persona persiga un fin distinto e igualmente se castigue el hecho de que el beneficio fiscal se haya obtenido de manera fraudulenta.

- ➔ En cuanto a la **posibilidad de extinguir la acción penal por el pago de lo evadido**, el Anteproyecto mantiene la regulación actual de la ley 27.430 (art. 353).

En 2017, la ley 27.430 estableció que en los casos de evasión “la acción penal se extinguirá, si se aceptan y cancelan en forma incondicional y total las obligaciones evadidas, aprovechadas o percibidas indebidamente y sus accesorios, hasta los treinta (30) días hábiles posteriores al acto procesal por el cual se notifique fehacientemente la imputación penal que se le formula [...]”.

Esto implicó dos modificaciones importantes respecto a la norma anterior (la ley 24.769). Por un lado, **se estableció un plazo de 30 días hábiles para que la persona extinga la acción penal a través del pago de lo evadido** (y así evitar una condena). Previo a 2017, la ley aludía a que la persona “regularice espontáneamente su situación”, “siempre que su presentación no se produzca a raíz de una inspección iniciada, observación de parte de la repartición fiscalizadora o denuncia presentada, que se vincule directa o indirectamente con él”.

Por otro lado, **dicho plazo se estableció en relación a un acto del proceso penal**, que comúnmente **sucede por lo menos un año después** de que la AFIP (o órgano de cada provincia) comience con sus tareas que eventualmente terminarán en una denuncia penal.

Esto significa que con esta redacción de la norma en el Anteproyecto (al igual que en la ley actual), la persona (física o jurídica) que ha evadido impuestos **cuenta con un margen de tiempo considerablemente amplio para especular con su impunidad** a través de la extinción de la acción penal. Por esta razón, si por una cuestión de política económica los/as legisladores/as deciden prever un plazo para que la acción penal pueda extinguirse por el pago de lo evadido (y que el/la evasor/a no sea condenado/a), este plazo debería remitirse a las actuaciones de AFIP previas a que el caso llegue al sistema penal (por ejemplo, desde la notificación de la determinación de oficio). En su defecto, el plazo debería contarse desde el inicio de la investigación penal preparatoria (no desde la notificación de la imputación penal). En casos en los que no haya intervenido la AFIP (o el organismo de control de cada provincia), el plazo debería contar desde la notificación de la imputación o desde el conocimiento público del caso, si esto último ocurre primero.

Por otra parte, en la justicia federal, una gran proporción de las investigaciones por delitos tributarios se vinculan al delito de **retención de aportes** de la seguridad social por parte de los/as empleadores/as (art. 346 del Anteproyecto). En este sentido, y considerando el tipo de hechos involucrados, consideramos que debería **evaluarse la posibilidad de aplicar salidas alternativas a estos casos**, como la extinción de la acción por pago.

Delitos cambiarios

- En la redacción de los delitos **se agregan algunas exigencias** que actualmente no están presentes (arts. 379 a 383).

En el Anteproyecto se introducen algunas modificaciones que **agregan elementos subjetivos al tipo penal**, requiriendo que **las operaciones deban realizarse “a sabiendas”** (arts. 379, 380) o **“pudiendo causar perjuicio”** (arts. 381, 382, 383). Desde nuestro punto de vista, estos nuevos elementos del tipo exigidos **pueden acarrear importantes dificultades probatorias**, debido a que elevan el umbral de exigencia para la configuración de la infracción y dejan abierta la posibilidad de que muchos casos queden por fuera debido a la imposibilidad de acreditar dichas intencionalidades. Para el caso del **perjuicio** resulta importante **definir sobre qué o quién debe proyectarse** dicho perjuicio y **de qué sería abarcativo**, lo cual por en el Anteproyecto **no se encuentra definido**. Además, en el Anteproyecto no se justifica por qué se introducen dichas modificaciones.

- Se **disminuyen algunas penas de prisión y de inhabilitación especial** para los delitos cambiarios (art. 386 y 387).

Por un lado, se disminuye la pena de **prisión para los delitos cambiarios en los casos de segunda condena** (o ulteriores condenas). La norma actual establece penas de prisión de máximo 4 años en el caso de primera reincidencia, y 8 años en el caso de segunda reincidencia. Sin embargo, el Anteproyecto permite un máximo de prisión de 6 años en los casos agravados.

Por otra parte, con respecto a la pena de **inhabilitación especial**, **se amplía su alcance pero se disminuye el máximo de años** por el cual puede aplicarse. Esta reducción del máximo de años por el cual puede aplicarse la inhabilitación especial (pasa de 10 a 6 años) no se encuentra justificada.

En definitiva, ambas reducciones de penas tienen un impacto negativo, en tanto contribuyen indirectamente a **invisibilizar el daño social** que implican estos delitos.

- ➔ Se establece la **eximición de pena** para el supuesto en que los autores y partícipes **voluntaria y espontáneamente rectifiquen la falsa declaración**, realicen la conducta omitida o retrotraigan o anulen la operación no autorizada o irregular, e informen dentro del plazo establecida dicha regularización (art. 389).

La norma establece que “este beneficio **se otorgará por única vez a cada persona física o jurídica**, siempre que la regularización o el pago no se hubiera producido como consecuencia de una investigación iniciada, de una observación de parte de la autoridad competente o de una denuncia presentada, que se vinculen directa o indirectamente con ella”. Más allá de esta limitación, si se prevé una eximición de pena consideramos que se **deberían establecer medidas que pudieran evitar que varias empresas de un mismo grupo económica reciban ese beneficio**.

Por otra parte, debe tenerse en cuenta que la rectificación de la falsa declaración no apunta a proteger a quien se ha equivocado, ya que la falsa declaración es intencional. Por ende, debe estar claro que aquí se está tomando la decisión de no sancionar un delito cometido deliberadamente por una persona.

Finalmente, más allá de lo que se especifica en el párrafo tercero del art. 389, **determinar cuándo** la persona realiza estas rectificaciones “**voluntaria y espontáneamente**” **puede presentar ciertas complejidades** en la práctica. Esta redacción puede prestarse a planteos de las defensas que busquen ampliar las posibilidades de las personas físicas y jurídicas para garantizar su impunidad a través de la eximición de pena.

Nuestra propuesta: nuevos delitos vinculados a la corrupción y la criminalidad económica

Desde el CIPCE hemos sostenido reiteradamente que las sanciones penales no son suficientes para incidir con eficiencia a la criminalidad económica. Desde nuestro punto de vista se necesita una adecuada **articulación de medidas preventivas, disuasivas y reactivas**, con particular énfasis en las políticas de **recupero de activos**. De cualquier modo, esto no significa que deba descartarse la creación de nuevos tipos penales. A su vez, esto no es contradictorio con la pretensión de racionalizar la persecución penal sino todo lo contrario: se trata de generar **políticas de persecución penal estratégicas**. En síntesis, es en la articulación de todos estos elementos y políticas que radica la creación de una política criminal más eficiente contra los delitos de los poderosos.

Por eso, para finalizar el análisis del Anteproyecto, **enumeramos algunos nuevos delitos** cuya inclusión en el nuevo Código Penal sería útil debatir:

- Prohibición de asumir cargos que impliquen conflictos de intereses, no solo en el paso del sector privado al público sino también del público al privado.

Los conflictos de intereses representan un problema estructural en la gestión del Estado. Los *informes del Observatorio de las Elites Argentinas* dan cuenta de esto: de los 364 altos puestos de gobierno

en el gabinete inicial del Gobierno Nacional actual (ministerios, secretarías y subsecretarías), el 31% de los/as altos/as funcionarios/as habían ocupado puestos de alta o media gerencia en el sector privado; un 24% ocupaban un puesto de este tipo inmediatamente antes de asumir; el 22% no tenían experiencia alguna en el sector público; y el 11% tenían antecedentes de haber ocupado puestos directivos en las principales asociaciones gremiales del empresariado. Estos números son una clara evidencia del fenómeno de la “puerta giratoria” donde el aparato del Estado se ve cooptado por intereses privados. En los países de habla inglesa, se suele denominar “revolving door” al proceso a partir del cual ciertos profesionales pasan del sector privado al público, muchas veces con funciones de control sobre los mismos temas y sujetos con los cuales trabajaban previamente. El riesgo de parcialidad en estos casos es manifiesto. Luego, pueden dejar la función pública y regresar al sector privado, ejerciendo en numerosas oportunidades funciones de lobby en ese mismo campo.

Por eso argumentamos que es imprescindible **fortalecer el sistema de prevención y control de conflictos de intereses que prohíba con mayor rigurosidad la “puerta giratoria”**. En rigor, la prohibición, entonces, debe regir tanto para los/as profesionales que pasan del sector privado al público, como para quienes hacen el camino inverso. Esto implica, por un lado, que el organismo que se encarga de determinar cuándo existe un conflicto de intereses (para el Estado Nacional, la **Oficina Anticorrupción**) **deje de aplicar un método de interpretación injustificadamente restrictivo**, como el que utiliza actualmente.

En estrecha relación con ello, el problema de los conflictos de intereses adquiere **una dimensión particular cuando se genera en el seno de los organismos de control y supervisión**. El [*caso de la Unidad de Información Financiera*](#) (UIF) es paradigmático. Aquí, el principal organismo del sistema antilavado pasó a ser manejado a partir de 2015 por un equipo de personas que hasta ese momento se habían desempeñado como defensores/as y asesores/as de personas y empresas investigadas por lavado de activos

— Prohibición de la manipulación y desnaturalización de los mercados a través de acciones que implican un “abuso del derecho”.

En diversas formas de criminalidad económica se observan conductas realizadas por actores del Poder Económico que suelen presentarse como lícitas, cuando en realidad implican lo que tradicionalmente se conoce como “abuso del derecho”. Un ejemplo de esto es **la elusión de impuestos**, que implica un problema grave no solo en Argentina sino a nivel mundial, con *grandes corporaciones implementando esquemas* que -según ellas- les permiten pagar impuestos increíblemente bajos.

La elusión de impuestos **constituye una forma de evasión, lo que *implica un delito***, y así es como desde el CIPCE creemos que debe ser interpretada por fiscales y jueces/zas en base a las normas actuales. El problema de fondo es similar al de los otros casos que abarcamos aquí: **empresarios/as y corporaciones dan la apariencia de cumplir con la ley, cuando en realidad no lo están haciendo**. Ninguna norma puede interpretarse exclusivamente de manera literal, como pretenden quienes realizan estas conductas.

Aquí se trata de un problema de **abuso del derecho**. Actualmente existen un abanico de profesionales del derecho, las ciencias económicas y otras disciplinas que se dedican a estudiar cómo pueden manipularse las leyes actuales para que sus clientes logren prácticamente los mismos beneficios que si cometieran los delitos sin siquiera tomarse el trabajo de aparentar legalidad.

Por citar un ejemplo, *la Unión Europea* ha elaborado un reglamento de prevención del abuso de mercado. En este sentido, sería útil desarrollar sanciones para formas de manipulación de mercado que actualmente no son castigadas bajo los delitos existentes en el Código Penal. El resultado de estas conductas es la desfinanciación del Estado y sus políticas públicas, el impacto sobre derechos humanos y la falta de generación de inversiones genuinas.

— Prohibición de la obtención indebida de fondos públicos en compras y contrataciones.

Es sabido que el ámbito de las compras y contrataciones suele constituir un nicho para la corrupción. Lo peligroso es que, en muchos casos, las **contrataciones ilícitamente direccionadas se enmarcan bajo una apariencia de legalidad** (por ejemplo, a través de la invocación de “razones de urgencia” para realizar contrataciones directas) cuestión que atenta contra procesos de contratación más transparentes.

Cuando este tipo de casos actualmente se investigan bajo la figura de delitos genéricos como el incumplimiento de los deberes de funcionario público, usualmente los resultados no son positivos. En definitiva, los casos se terminan archivando por considerarse “atípicos”, o solo se investiga a los funcionarios y no a los empleados también involucrados, a la vez que no se investiga adecuadamente a los actores privados también participan de la maniobra.

Por estas razones, nuestra propuesta es crear un tipo penal específico que atienda a estos casos, y que abarque tanto a los actores del sector público como a los del sector privado. A su vez, no debería ser determinante la demostración de un perjuicio económico al Estado, ya que las arcas públicas no son lo único que se afecta con este tipo de actos, sino que el objetivo final debe ser resguardar la adecuada gestión de los fondos públicos en general.

— Prohibición del peculado de uso.

Actualmente, el art. 261 del Código Penal castiga dos formas de peculado. Por un lado, se sanciona a aquellos/as funcionarios/as públicos/as que “sustrajeren caudales o efectos cuya administración, percepción o custodia les haya sido confiada por razón de su cargo”. Éste sería el caso, por ejemplo, de un funcionario del Ministerio de Salud que se apropia de una suma de dinero destinada a la construcción de un hospital.

Por otro lado parte, esa norma también sanciona al funcionario/a que “empleare en provecho propio o de un tercero, trabajos o servicios pagados por una administración pública”. Un ejemplo sería la utilización de un chofer que pertenece a los servicios de salud de una municipalidad para que haga de chofer privado de la familia de un funcionario.

Sin embargo, este **art. 261 no contempla el llamado “peculado de uso”**. Se trata de aquellos casos en los cuales un funcionario o funcionaria público/utiliza en beneficio propio un bien que pertenece al Estado pero sin apropiárselo. Por ejemplo, esto ocurriría si un equipo de video y sonido destinado a un colegio público fuera utilizado temporalmente para actos de campaña de un partido político.

De hecho, en la Convención Interamericana contra la Corrupción se establece que “los Estados Partes [entre los que se incluye nuestro país] estiman conveniente y se obligan a considerar la tipificación en sus legislaciones” de este peculado de uso, entre otros delitos. (art. XI, inc 1, sección “b”). Justamente, consideramos que su tipificación en el caso de Argentina nos ayudaría a dar un paso adelante en la persecución de la corrupción.

La normativa argentina ya prevé leyes con el mismo espíritu, que enfatizan el “deber de fidelidad” por parte de los/as funcionarios/as públicos/as. Ejemplos de esto son la ley de ética pública (ley 25.188, art. 2, incisos “d” y “f”) y la ley de empleo público nacional (ley 25.164, arts. 23 inc “f” y 24 inc “f”). Precisamente es **la violación de este deber de fidelidad lo que justifica la necesidad de una sanción**, incluso en casos en los que pueda no existir un perjuicio patrimonial.





(cipce)

Centro de Investigación y Prevención de
la Criminalidad Económica