

## **Recuperación de activos y daño social.**

### **Notas para el desarrollo de una nueva estrategia de persecución de la delincuencia económica.**

#### **Pedro M. Biscay**

Abogado. Maestrando FLACSO en Ciencias Políticas y Sociales. Director Ejecutivo del Centro de Investigación y Prevención de la Criminalidad Económica (CIPCE)

#### **I. Introducción**

Las dificultades para castigar la corrupción y los delitos asociados a ella son una muestra clara de la inmunidad de las elites económico políticas. Esta inmunidad que opera como factor de reaseguro de la dominación social, es una pieza clave para evitar que el crimen originario que encierra cualquier proceso de acumulación de riqueza (que en cuanto proceso histórico social de enriquecimiento material implica un proceso simultáneo de desposesión de riquezas varias veces mayor)<sup>1</sup> sea puesto en entredicho como cuestión política<sup>2</sup> sustancial de la democracia.

Discutir los límites del castigo frente al crimen económico, ensayar mecanismos orientados a la sanción y reparación del daño social producido por ellos o, por el contrario, no hacerlo y mantener estas prácticas bajo el manto de impunidad en que descansan, plantea una discusión indirecta sobre las formas de distribución de la riqueza socialmente producida, las condiciones políticas de la igualdad y el tipo de obediencia al poder dentro de la sociedad. La simple mención de estos tres aspectos tiene por único sentido poner al descubierto las razones últimas del conjunto de dificultades que se presentan al momento de castigar penalmente los delitos cometidos por empresas y políticos poderosos. Y por ello mismo, la pelea contra la delincuencia económica es un desafío fundamental en la lucha por construir sociedades más justas y equitativas, y no un "problema moral" como podría inferirse del conjunto de discursos y prácticas emprendidos desde hace muchos años por el movimiento anticorrupción a nivel global.

A pesar de estos tres problemas simplemente apuntados como cuestiones a debatir, este trabajo tiene como propósito analizar la importancia de la estrategia de recuperación de activos, considerada como una forma alternativa de persecución y control del crimen económico y la corrupción.

#### **II. El ocaso de la estrategia de persecución penal.**

La estrategia de persecución penal del delito tiene como principal objetivo la aplicación de una pena. Sin embargo, en casos de criminalidad económica, la pena no se aplica a los responsables de estos delitos o, se aplica en una medida escasa y desproporcionada con relación al daño producido.

La aplicación diferenciada de la ley penal al universo de personas que participan en el mundo delictivo (tanto en delitos convencionales como en delitos de poder, sean económicos o políticos) es un fenómeno de vieja data que ha sido estudiado por importantes tradiciones de investigación en sociología jurídica y criminología. El ya clásico trabajo de Sutherland *El delito de cuello blanco* contiene una serie de análisis que tratan

de explicar por qué sobre un total de 980 decisiones adoptadas por tribunales en contra de setenta corporaciones sólo el 16% de ellas (158) fueron procesadas por tribunales de naturaleza penal y consideradas prácticas delictivas. El resto fueron consideradas **ilegales pero no criminales**. John Conklin también analiza las relaciones y formas en que el sistema de justicia criminal “procesa” y resuelve las investigaciones judiciales con el delito económico, demostrando con datos empíricos que la imposición de multas de baja magnitud y sanciones penales alternativas a la prisión, es la forma típica de resolución de casos es mediante:

“...A few years ago corporate executives who bribed public officials in order to ease the construction of a new Jersey pipeline were convicted in a criminal court. They were punished with suspended sentences and five years of unsupervised probation; their corporation was fined. This is a typical outcome of the occasional business offense which leads to a criminal conviction: lenient sentences for the offending individuals and weak fine for the corporation...”<sup>3</sup>

Estos dos estudios empíricos se asemejan en el hecho de que las empresas involucradas en las investigaciones judiciales son pasibles de una sanción que no es lo suficientemente adecuada o no reviste características penales, especialmente si se las analiza comparativamente con el mundo de la delincuencia convencional, donde la sanción principal es la pena de privativa de la libertad.

El desempeño que los distintos sistemas judiciales de América Latina tienen frente a la persecución y sanción de delitos económicos, difiere en cierto punto de los resultados analizados en estos estudios: el poder sancionador del Estado en los países de la región ni siquiera alcanzó el umbral mínimo de sanción pecuniaria; solo en contadas ocasiones se detectan condenas dictadas en contra de actores poderosos. La tendencia general es hacia el no castigo de estos delitos, como subproducto del tratamiento diferenciado que los tribunales de justicia realizan a favor de delincuentes económicos. Este trato diferenciado puede comprobarse con el estudio de datos empíricos sobre sentencias condenatorias, tiempos de duración de procesos, y tipo de sanciones impuestas<sup>4</sup>.

Sin desconocer en este punto que la corrupción dentro del propio sistema judicial y también, la influencia que las empresas tienen sobre la independencia de los jueces y fiscales, son un problema autónomo que debe ser atacado, existe toda otra serie de razones que demuestran la necesidad de un cambio de estrategia en la persecución de estos delitos. Operar sobre estas razones como variables independientes de funcionamiento podría aportar algunas ventajas en vistas a mejorar los niveles de desempeño de la actividad judicial.

### **El caso argentino.**

25 años de investigación para escasos resultados. Esto resume el desempeño que, desde el inicio de la transición democrática, han tenido los tribunales de justicia en la investigación de los casos de corrupción más emblemáticos de la Argentina. Sólo basta sólo un poco de memoria para comprobar que a cada administración de gobierno le siguieron “grandes escándalos”, caídas repentinas de entidades bancarias, vaciamientos de compañías de seguros, negociaciones fraudulentas en perjuicio del Estado, políticos enriquecidos de manera ilícita en poco tiempo, leyes aprobadas con base el pago de sobornos, falsos diputados, confiscaciones masivas de depósitos, endeudamiento externo producido por la especulación financiera y el actuar irresponsable de las empresas, etc.

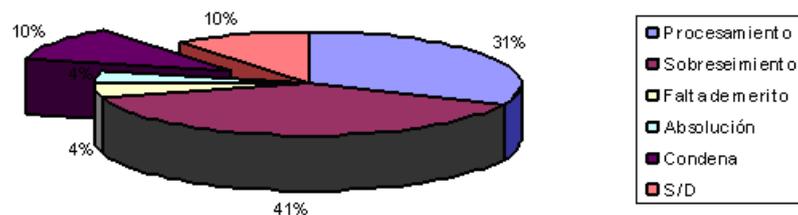
Un estudio empírico sobre la corrupción y la criminalidad económica en Argentina permitió demostrar que sobre un total de 750 causas judiciales por corrupción y criminalidad económica, informadas por fiscalías de diferentes jurisdicciones del país, sólo 7 culminaron

con una sentencia condenatoria. Este pobre resultado que representa sólo el 0,9 % del total de casos es un indicador elocuente del fenómeno descrito anteriormente.

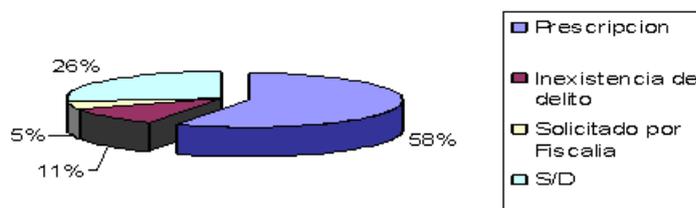
En términos reales representa una cantidad de 10 personas condenadas formalmente a prisión aún cuando en realidad ésta pena no se ha traducido en privaciones efectivas de libertad respecto de los responsables. Si por un momento comparáramos estos datos con los niveles de encarcelamiento, veríamos en la desproporción de condenados un reflejo claro del fracaso de la estrategia de persecución penal del delito económico y la corrupción.

El proceso penal tiene por consecuencia lógica la determinación de una sentencia que habilita dos soluciones posibles: condenar o no hacerlo; de manera que evaluar el tratamiento que los tribunales de justicia han dado a los demás casos, nos dará un diagnóstico más exacto sobre el fracaso de la estrategia de persecución penal. Tomemos como indicadores la cantidad de casos en etapa de instrucción y la cantidad de casos "solucionados" con el modelo de la prescripción.

Si bien la instrucción fue concebida como una etapa del proceso para la reunión de material probatorio y la preparación posterior del juicio oral y público, en la práctica judicial su función se ha distorsionado de tal manera que es en esta instancia donde el juicio por corrupción tiene lugar. Esto resulta claro si se muestra que el 76 % de los casos se estancan en esta etapa con el consiguiente efecto dilatorio sobre los tiempos del proceso penal.



El instituto de la prescripción diseñado como forma anormal de culminación del proceso es, por el contrario, la principal llave de salida de los casos del sistema de justicia, perdiendo en los hechos su carácter residual como lógica culminación del proceso.



Además de ello, demuestra que la investigación de estos delitos se prolonga durante un tiempo excesivamente mayor al permitido en términos procesales. En este sentido, en nuestro país la justicia demora aproximadamente 14 años en investigar estos delitos, lo que significa que, en algunos casos, los procesos alcanzaron un tiempo de duración de más de 20 años. La Argentina conoce casos realmente paradigmáticos en este sentido: el Banco de Italia y Río de la Plata es uno de ellos por diferentes razones.

Causa judicial	Duración en meses	Duración en años
BANCO ALAS	146	12
BANCO ITALIA	252	21
BANCO BASEL	248	21
KONER -SALGADO	204	17
BRUNO	192	16
BANCO IGUAZU	109	9
PEDRO POU	132	11
CICCONE	249	21
BANCO CORONEL PRINGLES	222	19
DE LA RUA	17	1
BANCO CABILDO	226	19
ADM. ATC	109	9
GOSTANIAN	53	4
BANCO INTERCAMBIO REGIONAL	175	15
HERNANDEZ JORGE	S/D	S/D
BANCO PALMARES	195	16
ROLLIN	12	1
BANCO SAN MIGUEL	71	6
LICARI	150	13
MONTERISI RICARDO	144	12
PRESSACCO	101	8
BANCO MEDEFIN	76	6
BANCO DEL OESTE	220	18
CAUSA PIANA	S/D	S/D
<b>Total de meses</b>	<b>3303</b>	
<b>Promedio en meses</b>	<b>165</b>	
<b>Promedio en años</b>		<b>14</b>

El fracaso de la estrategia de persecución penal involucra aquí también una considerable cantidad de costos presupuestarios, de gestión, de recursos humanos, de capacidades de dirección invertidas, de infraestructura, de oportunidades no atendidas que, en definitiva cuantifican el costo político, social y económico que el Estado realiza por mantener en pie una política que no redonda beneficios ni resultados visibles en el mediano plazo.

Por último, habría que cuantificar los casos de sobreseimiento por fallecimiento de imputados, porque aquí también hay un indicador elocuente para medir que sentido tiene mantener abierta una investigación judicial si las posibilidades reales de justicia no se hacen efectivas en corto plazo.

El caso Argentino muestra con mucha precisión que el Estado, a través del Ministerio Público y el Poder Judicial desarrolla una estrategia de persecución de la criminalidad económica y la corrupción que no redonda en resultados reales desde el punto de vista de la condena de los responsables y, por tanto, mucho menos en términos de reparación de daños económicos producidos. El dispendio jurisdiccional, el costo económico y el costo en términos de motivación para los operadores del sistema es enorme y configura un fuerte aliento a la corrupción y un desaliento cierto a su persecución. El impacto final se mide en la percepción de impunidad judicial, el descrédito del sistema de justicia y el crecimiento de la tolerancia institucional al delito económico y la corrupción.

## El caso paraguayo

La percepción global sobre la corrupción en el Paraguay es una de las peores de la región. Si bien la corrupción en este país se ha extendido en todas las dimensiones de su estructura social, no es una problemática más profunda que en el resto de los países de América Latina. La diferencia fundamental podría estar dada porque la corrupción es más pública y, por tanto, menos secreta que en otros países de América Latina.

Una reciente investigación sobre el cumplimiento de los plazos procesales en las causas penales, realizada por el Observatorio Judicial de la Universidad de UNIDA<sup>5</sup>, arroja una serie de resultados interesantes sobre la respuesta judicial frente a delitos económicos y de corrupción. Esta investigación se realizó sobre un universo de 95 causas penales<sup>6</sup>

impulsadas por Agentes Fiscales de la Fiscalía de Delitos Económicos y Anticorrupción, en las que se presentó acusación en el período 2001-2005.

Los datos aportados por la investigación demuestran que de un total de 238 imputados entre los años 2001 – 2003, 57 resolvieron su situación procesal en audiencia preliminar (24%), mientras que 39 lo hicieron mediante una sentencia firme dictada luego de realizado un juicio oral y público (16%). Si bien estos dos indicadores son elevados en términos de resolución de casos ya que representan el 40% de los imputados procesados, la investigación realizada demuestra que el 60% restante corresponde a 34 imputados beneficiados por la extinción de la acción penal (14%), 95 sujetos a procesos no concluidos y con más de tres años de investigación (40%) y 13 declarados en estado de rebeldía (6%). Asimismo, la situación procesal de todos los acusados imputados entre los años 2004 y 2005, fue la siguiente: 26 imputados recibieron una resolución definitiva en audiencia preliminar (41%), mientras que 35 continúan sujetos a proceso sin contar con una sentencia firme (54%) y 3 fueron declarados rebeldes (6%). **En ambos períodos de la muestra presentada el comportamiento del sistema judicial es el mismo: más de la mitad de los casos no continúan sujetos a investigación.**

Aislando las diferentes variables<sup>7</sup> que hacen del caso argentino y el paraguayos dos casos totalmente diferentes, hay entre ellos un común denominador en el bajo nivel de respuesta judicial frente a los casos de corrupción y delitos económicos. En el caso argentino los datos son extremadamente desalentadores y, seguramente podríamos darnos por satisfechos si el nivel de resolución de casos fuera un cuarto de la mitad.

Sin embargo, en el caso paraguayos no podríamos dar fácilmente una respuesta contraria que traduzca un buen desempeño en materia de resolución de casos. Entre el 2001 y el 2003 73 personas fueron sentenciadas a razón de 34 en procedimiento abreviado y 39 en juicio oral y público<sup>8</sup>. Sin embargo, el dato de mayor interés reside en que de un total de 168 imputados en el mismo período, 129 de ellos o ya fueron beneficiados mediante la extinción de la acción penal o no concluyeron el proceso a pesar de haberse superado el tiempo máximo de duración, por lo que la extinción será dictada en el corto plazo. Sobre este punto, la investigación expresamente indica

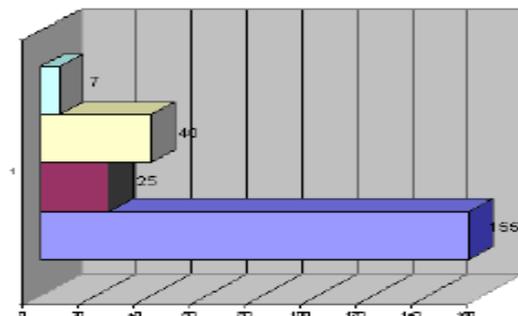
“...el común denominador que caracterizan estos casos es que a estos acusados se les atribuía la comisión de hechos punibles que generaron miles de millones de guaraníes de perjuicio patrimonial a entidades públicas y privadas. Hechos punibles que en un 80% fueron calificadas como Lesión de confianza, tipificado por el artículo 192 del Código Penal. Los demás hechos fueron calificados de Apropiación y Evasión de impuestos, tipificados por los artículos 160 y 261 del Código Penal, respectivamente. Otro factor común que pudo ser apreciado entre los acusados que cuentan con una declaración de extinción de la acción penal es que ocupaban cargos gerenciales y de administración en sus respectivas entidades, las que mayormente pertenecían al ámbito público, tales como el Instituto de Previsión Social, la Dirección General de Aduanas, la Municipalidad de Asunción y la Administración Nacional de Electricidad...” <sup>9</sup>

Esta última aclaración facilita mejor la comprensión del estudio en cuanto permite inferir que en los grandes casos de corrupción y delitos económicos sometidos a investigación en el período reseñado, los responsables recibieron una respuesta favorable a su condición de poder.

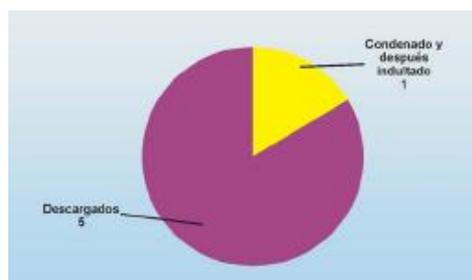
De este modo, el comportamiento del sistema judicial se asemeja al caso argentino en donde los mayores casos de corrupción y delitos económicos no recibieron sanción penal alguna pero sí el beneficio de la prescripción de la acción penal.

## El caso dominicano

Veinte años de impunidad<sup>10</sup> es una investigación sobre el estado procesal 227 casos de corrupción investigados en la justicia dominicana entre los años 1983 a 2003. De este total, 155 del total de casos corresponden a diferentes irregularidades denunciadas en el manejo del gobierno central e instituciones descentralizadas; 40 casos a denuncias recibidas en el Departamento de Prevención de la Corrupción (DEPRECO), 25 corresponden a denuncias de irregularidades cometidas por funcionarios públicos y los 7 casos restantes son fraudes bancarios donde se ha producido un perjuicio al Estado de sumas millonarias de dólares.



Del total de 227 casos identificados sólo 6 de ellos fueron resueltos con una decisión definitiva: 5 fueron descargados de toda responsabilidad penal mientras que sólo uno de ellos fue condenado, aunque posteriormente fue beneficiado con el indulto.



El fracaso de la respuesta penal es significativo en el caso dominicano, toda vez que del total de casos identificados ninguno de ellos recibió una condena definitiva. El único caso que podría haberlo logrado fue indultado por decisión presidencial mediante Decreto 372 – 88 firmado por el ex presidente Joaquín Balaguer. En este caso, el responsable acusado de desfalco y abuso de confianza en perjuicio del Estado Dominicano había sido condenado a pagar una suma de RD\$ 15.772.256,53 equivalente a valores corrientes U\$S \$8.906.61,19

Si se analiza el tiempo de duración promedio de los procesos, también se obtienen indicadores de resultado similares al caso argentino. Así el promedio de tiempo de duración desde el inicio del caso hasta el dictado de una sentencia definitiva es equivalente a 8.5 años. Aun cuando es la mitad del tiempo promedio calculado para la República Argentina, es un tiempo de duración excesivamente prolongado en términos de reparación y protección judicial efectiva.

Enfocando el desempeño del sistema judicial desde el punto de vista de la cantidad de personas sometidas a proceso por delitos de corrupción, la investigación aporta datos que demuestran que de un total de 207 personas, 40 fueron descargados, 166 están sometidas a proceso con libertad provisional bajo fianza, 1 persona indultada y ningún condenado.

Estos datos corresponden a una investigación realizada en el año 2004 y, en el contexto de un descalabro financiero producido por el fraude millonario del Banco Interncontinental SA (fraude Baninter) que supero los 55 mil millones de pesos dominicanos (U\$S 2 mil millones de

dólares aproximadamente) y que arrastro a otros casos de fraude como el Banco Nacional de Crédito y el Banco Mercantil.

Sin embargo, en el año 2007, la justicia dominicana logró un primer fallo condenatorio contra los responsables del vaciamiento fraudulento del citado caso Baninter, a partir del trabajo conjunto del Ministerio Público Fiscal y los abogados querellantes del Banco Central de la República Dominicana, que acusaron al Presidente, Directivos y asesores contables y jurídicos de la entidad por la comisión de diferentes delitos tales como balance falso y lavado de activos. Este fallo impuso penas de hasta 10 años de prisión por diferentes violaciones legales a la Ley 78-02 Monetaria y Financiera y lavado de activos y multas pecuniarias por sumas que alcanzaron los 18.703 millones de pesos dominicanos (U\$S 549 millones de dólares).

El proceso penal iniciado el 14 de mayo del año 2003 por denuncia de la Fiscalía de Distrito Nacional fue concluido mediante sentencia condenatoria de fecha 21 de octubre de 2007, confirmada por la Corte de Apelación del Distrito el 17 de abril de 2008 y por la Suprema Corte de Justicia el 12 de julio de 2008.

La condena del caso Baninter es un fallo paradigmático desde el punto de vista de la magnitud del daño ocasionado por el fraude bancario, la severidad de las penas y sanciones pecuniarias impuestas y la celeridad en lograr en la resolución del caso, puesto que tomó un total de cinco años.

Para la región reviste importancia porque constituye un primer caso condenatorio contra banqueros responsables de fraudes financieros y corrupción, cuya influencia sobre el sector político fue de considerable magnitud. Asimismo, también resulta de especial importancia por el rol de la sociedad civil en el monitoreo y seguimiento permanente del caso y las acciones de recuperación exitosas entabladas en el Estado de la Florida contra uno de los imputados<sup>11</sup>.

A pesar de las diferencias apuntadas entre los casos nacionales, todos demuestran las serias dificultades para castigar a los responsables de delitos económicos y corrupción. El caso Baninter es una excepción –podríamos decir, que confirma la regla- donde una serie de factores tales como el rol de presión y seguimiento de la sociedad civil organizada, la labor de la querrela del Banco Central y la existencia de reglas procesales favorables a agilizar la investigación de delitos complejos, han incidido decisivamente en pro del dictado de una condena definitiva. Sin perjuicio de ello, el resto de los casos presentados no muestra un nivel de respuesta del sistema de justicia penal que pueda calificarse de eficiente en términos de castigo y reparación del daño producido.

La estrategia de persecución penal de la criminalidad económica y la corrupción representa de este modo un sistema destinado a seguir fracasando, si es que de ella se espera resultados condenatorios en el corto y mediano plazo. De ello no se debe inferir la necesidad de abandonar la persecución penal puesto que el castigo de la corrupción en casos paradigmáticos es una respuesta justa en términos democráticos. Por el contrario, tiene que servir como punto de partida para repensar políticamente otras estrategias de persecución, sanción y control del fenómeno delictivo orientadas a recuperar el perjuicio producido por los delitos económicos y la corrupción.

## **II. La recuperación de activos. Un nuevo punto de partida.**

La idea de recuperar el dinero robado o producido por el delito no es novedosa dentro del campo de políticas penales. Los primeros modelos de recuperación nacieron en la legislación inglesa sobre navegación del S. XVII y más recientemente en la legislación norteamericana. En el año 1789 el congreso de los Estados Unidos aprobó una ley para

autorizar la confiscación<sup>12</sup> de mercancías de importadores cuando estos hubiesen procurado evadir impuestos aduaneros por la importación de la misma. El año siguiente aprobó la incautación de mercancías pasadas de contrabando<sup>13</sup>.

A pesar de ello, la recuperación de activos provenientes de delitos no ha tenido un arraigo claro en la cultura judicial de los diferentes países de América Latina, mucho menos al tratarse de delitos de corrupción o que afectan al orden económico.

Evidentemente, la praxis del sistema penal ha concebido como respuesta principal frente al delito la imposición de un castigo, seguramente como parte de una te tesis común que encuentra en la secularización religiosa un puente de articulación entre la idea de crimen, falta, pecado, culpabilidad, ley, castigo y redención, encarnada en el Estado moderno a partir de la administración de justicia penal. Esta tradición de formulación de respuestas aún tiene un peso propio, especialmente en el ámbito de políticas anticorrupción en la medida en que ellas continúan asentadas sobre un discurso moral que, indefectiblemente, posee una reminiscencia directa del vector teológico inmanente a lo político<sup>14</sup>

La corrupción no sólo es un problema de naturaleza política ligado al desarrollo de lo que se ha dado en llamar “**buen gobierno**”<sup>15</sup>, es decir, el cultivo de la virtud como principio ético para manejar los asuntos públicos. Si bien de este modo fue formulado por los clásicos del pensamiento político, a partir del desarrollo del capitalismo como forma de organización de la vida social, la corrupción compone toda una serie de relaciones funcionales a los intereses recíprocos de empresarios y político que, poco a poco, van haciendo del aparato estatal un espacio de explotación económica y generación de negocios. Progresivamente la corrupción comienza a ser un fenómeno configurador de mercados donde lo lícito, lo ilícito y lo irregular se mezclan y confunden entre sí<sup>16</sup>. En esta confusión reside en núcleo de relacionamiento entre la corrupción y la delincuencia económica. Las diferentes formas de criminalidad empresarial (desde la evasión impuestos hasta el crimen de comunidades vulnerables) suelen estar emparentadas con formas de corrupción sobre el aparato del estado, por la necesaria complicidad que exige mantener ocultos estos negocios y los daños producidos por ellos.

El desarrollo de estrategias de recuperación de activos no puede focalizarse exclusivamente sobre lo que desde el sentido más ortodoxo se entiende por corrupción (esto es pago de un soborno, coima o mordida para adoptar u omitir una determinada decisión). Necesariamente tiene que extender sus herramientas hacia el ámbito de confluencia con la criminalidad económica.

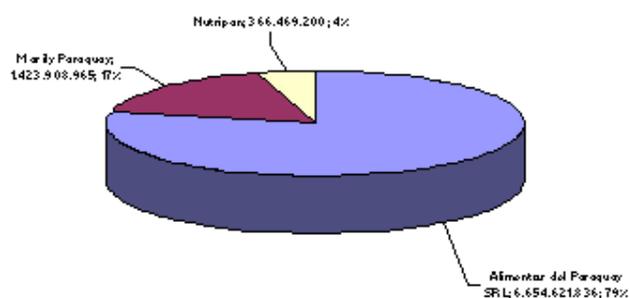
Como contraposición al modelo punitivo de justicia, recuperar activos trazar un nuevo mapa de articulación de estrategias de persecución y control sobre este tipo de criminalidad, atendiendo especialmente a fortalecer los derechos humanos afectados (de manera directa o potencial) y a desbaratar mercados delictivos ligados a prácticas económico políticas. Estos dos aspectos configuran un nuevo punto de partida.

La atención puesta sobre la protección de los derechos humanos es un punto de partida porque el delito económico y la corrupción no generan simples violaciones a la ley penal (como podría inferirse de algunas figuras penales previstas en el ordenamiento jurídico) sino que producen daño social. Hablar aquí de daño social implica reafirmar que si hay corrupción y delitos económicos y, por lo tanto, riqueza social re-apropiada por medios ilícitos, hay una correlativa producción de desposesión y generación de pobreza. Esta situación, medible primero en términos de costos financieros, en perspectiva de derechos humanos involucra debilitar la capacidad del Estado de contribuir con el sostenimiento de las diferentes dimensiones de la ciudadanía.

En algunos casos, los delitos económicos y la corrupción afectan de manera directa determinadas dimensiones de la ciudadanía. Un ejemplo claro, puede ser el impacto que la corrupción tiene en el sistema de salud o educación. Cuando aquí se producen fugas de dinero hacia el sector privado, de modo simultáneo, se generan costos traducibles en programas de fortalecimiento no ejecutados.

En diferentes países de América Latina se han identificado casos de corrupción mediante la entrega de complementos nutricionales a niños en edad escolar. Estos casos responden a patrones similares. Un grupito pequeño de empresas gana la adjudicación como proveedoras de complementos nutricionales para las escuelas del país o una determinada región o departamento. El Estado realiza una serie de desembolsos para la compra y posterior entrega de los complementos pero las empresas proveedoras toman ese dinero fugándolo hacia fines privados y, a cambio, entregan alimentos nutricionales de menor calidad, adulterados o, directamente no cumplen con la entrega. En términos de ganancias, este negocio realizado con el Estado (en donde ambas partes, empresas y funcionarios están involucrados) genera sumas millonarias de dinero.

A continuación mostramos la distribución de ganancias entre las tres empresas beneficiarias en el caso de corrupción "**Complemento Nutricional**" investigado en la República de Paraguay.



El costo del perjuicio producido en este caso significa que muchísimos niños pierden la posibilidad de recibir un alimento diario en las escuelas. En países atravesados por la pobreza, donde los establecimientos escolares muchas veces se transforman en **comedores escolares**, este tipo de delito de corrupción no sólo afecta el erario público sino que priva a muchos niños de asistir al colegio a tomar clases diariamente. De este modo, la corrupción también impacta sobre el derecho a la educación, el derecho a la alimentación y, claro está, el derecho a la salud. No es bueno que un niño se alimente a base de productos adulterados.

Para ver en términos más concretos este tipo de relación entre corrupción, daño social, derechos humanos y ciudadanía tomemos como ejemplo el caso **Galletas vencidas**<sup>17</sup>, denunciado en los medios de prensa de Paraguay el 31 de mayo de 2008. El caso consistió en la entrega en diferentes escuelas de complementos nutricionales vencidos, que por esta razón no pudieron ser consumidos por los alumnos de 85 escuelas de todo el Paraguay. Si asumimos que por escuela hay 20 alumnos promedio tenemos un mínimo de 1700 chicos en edad escolar que perdieron su derecho a consumir un alimento como parte de la obligación de Estado a garantizar la educación. La recuperación de activos tiene que tener como punto de partida la protección de derechos humanos afectados por la corrupción y la criminalidad económica.

Si continuamos con el análisis del caso, la empresa denunciada por haber entregado alimentos vencidos está controlada por el mismo funcionario público que controla la empresa Alimentos de Paraguay SRL., que concentró el 79% del beneficio obtenido

ilícitamente del erario público paraguayo en el caso **Complemento Nutricional**. Esta coincidencia no es casual ni azarosa; detrás de la gran mayoría de casos de corrupción hay una estructura de mercado edificada para realizar negocios con el Estado. Por ello, enfocar la corrupción como un fenómeno funcional al mundo de los negocios, facilita abordar el control preventivo de la corrupción y la delincuencia económica, desde un punto de vista radicalmente diferente. La recuperación de activos tiene que partir también de la necesidad de desarticular mercados ilícitos enquistados en diferentes agencias del Estado. Por ello, las herramientas de recuperación no pueden estar focalizarse solamente sobre el funcionario público, también deben orientarse hacia las ganancias ilícitas generadas y recibidas por las empresas como resultado de la corrupción.

## II. Dos presupuestos para el diseño de un modelo de recuperación

Sintetizando lo expuesto en el punto anterior, podríamos formularnos dos preguntas: **¿Para qué y por qué recuperar activos?** La respuesta a la primera parte de la pregunta está en la importancia crucial que tiene atender y (dentro de lo posible) reparar el costo social producido por la corrupción. Este primer objetivo constituye el presupuesto político de cualquier proceso de recuperación de activos porque enlaza las herramientas diseñadas jurídicamente desde una perspectiva de derechos humanos, que privilegia el derecho de las víctimas directas e indirectas de corrupción y, por otro lado, la necesidad de contribuir con la recomposición de las dimensiones de la ciudadanía afectadas por el desvío del presupuesto público y la riqueza social hacia fines privados.

La respuesta a la segunda parte de la pregunta configura el otro presupuesto de la recuperación, definido esta vez, en términos político criminales. La recuperación tiene que ser útil para desarticular mercados ilícitos de corrupción. De nada sirve reparar el daño producido si se mantiene intacta la estructura de ilicitud dentro del Estado. Racionalmente, las fuerzas de persecución e investigación tienen que tener una meta clara en términos preventivos. Cortar las "cadenas de circulación" de un negocio alimentado por la corrupción posee más impacto en el mediano y largo plazo que condenar penalmente a un funcionario público. Este último es un eslabón fungible en una larga cadena de actores dispuestos a entrar en el negocio como piezas de recambio.

Restaría realizar una tercera pregunta ¿Cómo recuperar? En las páginas siguientes se exploran algunas cuestiones que contribuyen a brindar una respuesta.

## II. Más allá de los casos exitosos.

Una serie de casos considerados "exitosos" a nivel mundial, facilitó la instalación del uso de las herramientas de recuperación de activos en la agenda internacional de los Estados. La prueba más clara y contundente es la inclusión en la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción de un capítulo específico sobre Recupero de Activos donde se regulan los diferentes aspectos que conforman una estrategia de este tipo: desde principios generales, pasando por técnicas de investigación financiera, mecanismos de incautación y decomiso, formas alternativas de devolución de bienes y reglas de cooperación internacional e intercambio de información entre diferentes jurisdicciones. El impacto también quedó reafirmado entre los propósitos generales de dicha convención ya que en su artículo 1.b *Finalidades* expresamente establece "... Promover, facilitar y apoyar la cooperación internacional y la asistencia técnica en la prevención y lucha contra la corrupción, **incluida la recuperación de activos...**"

Pese a las diferentes puntualidades que entre sí presentan los casos más resonantes (Sani Abacha, Ferdinando Marcos, Jean Claude Duvalier, Fujimori/Montesinos), representan un

modelo paradigmático de recuperación de activos. La presentación de cartas rogatorias en diferentes Estados, el inicio de acciones legales por lavado de activos, la solicitud de ordenes de embargo y decomiso por los Estados requirentes en otras jurisdicciones, permitieron la recuperación de importantes sumas de dinero que estaban en poder de los líderes corruptos investigados, de sus familiares o allegados.

Caso	País	Fondos sustraídos	Fondos recuperados
Sani Abacha	Pte. Nigeria 1993/98	U\$S 2 mil a 5 mil millones	U\$S 1.2 mil millones
Jean Claude Duvalier	Pte. Haití 1971/86	U\$S 300 - 800 millones	U\$S 7.6 millones (en proceso de recuperación)
Ferdinando Marcos	Pte. Filipinas 1998/2001	U\$S 5 mil a 10 mil millones	U\$S 600 millones
Fujimori/Montesinos	Pte. Perú 1990 - 2000	U\$S 600 millones	U\$S 175 millones

Fte. [www.assetrecovery.org](http://www.assetrecovery.org)

Asumir estos casos como *leading cases* es importante en la medida que ofrecen una serie de lecciones útiles para comprender las relaciones entre la corrupción, la criminalidad organizada y el lavado de activos, especialmente respecto de la utilidad que las herramientas diseñadas por el sistema antilavado ofrecen para la investigación, rastreo, incautación y posterior decomiso del producto del delito<sup>18</sup>. El inicio de acciones legales por lavado de activos en el Estado donde fueron identificados bienes provenientes de la corrupción, facilitó en gran medida el avance de los casos de recuperación. Asimismo, el reporte de operaciones sospechosas sobre cuentas de **personas políticamente expuestas (PEP'S)**, también facilitó el desarrollo de mecanismos de cooperación internacional entre los Estados receptores de transferencias y estados afectados por la corrupción, para vehicular la devolución de activos y propiedades originadas por la comisión de estos delitos.

Abacha, Duvalier y Marcos fueron líderes políticos de regímenes dictatoriales y abusaron del poder de manera violenta y criminal. Lo mismo hizo Fujimori, quien a pesar de haber sido elegido por el voto popular, disolvió el Congreso mediante un autogolpe de Estado, acudió a la tortura y el asesinato como formas de ejercicio de poder. En este sentido, los casos presentan una regularidad semejante dada por el hecho de que la corrupción estuvo estrechamente vinculada con otras prácticas criminales violentas. Este aspecto no es menor por dos razones. Primero, la pérdida de poder de estos líderes políticos implicó una contraofensiva política destinada a marcar una clara separación entre un régimen violento y criminal y otro con propósitos refundacionales y aspiraciones democráticas. Por el otro, la presencia de la corrupción en las sociedades no siempre se relaciona de modo directo con prácticas criminales violentas. Cuando esto sucede, es porque la corrupción adquiere formas mafiosas o *gangsteriles*, que hacen de ella un fenómeno de características diferentes. Entre ellas, la manifiesta publicidad que tienden a tomar los casos producto de la impunidad con que se maneja en esos contextos el poder político.

Por ello, el estudio de los diferentes casos no puede hacernos perder de vista que una de las razones del éxito fue el rechazo de la sociedad y la comunidad internacional, hacia formas de gobierno autoritarias donde la corrupción se mezcló con la violación masiva y sistemática a los derechos humanos. Hoy debemos pensar la estrategia de recuperación en el seno de formas democráticas de gobierno, especialmente porque durante los últimos años la corrupción demostró que puede convivir adaptándose en entornos democráticos. El nuevo desafío que tenemos por delante consiste entonces, en recuperar activos cuando la corrupción es un fenómeno estable.

Desde este punto de vista, los innumerables casos de corrupción sometidos a proceso judicial revisten ciertas diferencias con el modelo de "casos exitosos". Por un lado, el protagonista de la corrupción no siempre es un líder político de máxima jerarquía. Claro

que hay presencia de funcionarios públicos de nivel, e inclusive muchos de ellos con mucho poder de influencia, pero no siempre están en el vértice del poder político del Estado. Los protagonistas de los casos exitosos fueron presidentes de Estado, que habían perdido materialmente el poder cuando fueron iniciados los procesos legales para la recuperación. Por el contrario, la lista de funcionarios públicos involucrados actualmente en casos de corrupción, demuestra que los actores de la corrupción mantienen hoy una importante dosis de poder político. En segundo lugar, los casos de corrupción que actualmente tienen lugar, involucran de manera directa a sectores empresarios que realizan negocios con el Estado. Aquí aparece un segundo sujeto para incluir como parte de los procesos de recuperación, especialmente en supuestos de soborno transnacional realizado por empresas multinacionales, para los que ya existen instrumentos normativos que facilitan la imposición de embargos como sanción por la comisión de estos delitos.

El desafío reside, entonces, en ensayar mecanismos y estrategias a partir de casos de corrupción pública que permitan articular procesos de recuperación, pero en el contexto de gobiernos democráticos que muestran una tendencia clara a tolerar la corrupción y mantenerla oculta bajo un manto de silencio. A modo de ejemplo, en la justicia Argentina hay dos casos paradigmáticos donde existen posibilidades claras de recuperación de activos procedentes de corrupción. En el punto siguiente realizaremos una serie de consideraciones sobre ambos.

## II. **María Julia y los sobornos de IBM: dos oportunidades para recuperar activos en el sistema judicial argentino.**

En dos grandes casos de corrupción investigados por la justicia Argentina, se tomaron decisiones importantes en materia de recuperación de activos. A pesar de que en ninguno de estos casos, se produjo el efecto jurídico de una "recuperación real" en términos de transferencias de activos desde los acusados y pérdidas definitivas a favor del Estado, sí ofrecieron una serie de lecciones para analizar. En uno de los casos, se dictó una sentencia de decomiso como consecuencia penal accesoria. En el otro se logró repatriar activos identificados en bancos suizos. Veamos los casos:

### **El fallo María Julia Alsogaray**

María Julia Alsogaray, ex funcionaria pública del Gobierno de Carlos Menem, actualmente se encuentra condenada por enriquecimiento ilícito a la pena de tres años de prisión, inhabilitación especial y el decomiso de 700 mil dólares. La condena dictada por el Tribunal Oral Federal N 4, fue confirmada por la Sala IV de la Cámara Nacional de Casación Penal. Actualmente el caso se encuentra en la Corte Suprema de Justicia porque la condenada interpuso un recurso de queja por apelación denegada.

Este fallo constituye un primer **leading case** en materia de recuperación de activos en la Argentina, en la medida que asigna al decomiso de bienes un lugar prioritario dentro de las herramientas legales existentes para perseguir delitos económicos y de corrupción. En primer lugar, establece que el decomiso no necesita estar ligado a una sentencia condenatoria en materia penal; puede ordenarse de manera independiente basado en requisitos más flexibles que los exigidos legalmente para dictar una condena.

El fallo sostiene que "*...la política criminal más equitativa y eficaz de los países en materia de recuperación de activos provenientes de conductas ilícitas, se orienta ahora, no solamente hacia acciones independientes o paralelas a la acción penal centrada en la*

*condena, sino a ejercitarlas en un ámbito civil o administrativo. Todo ello, a través de acciones de investigación financiera a cargo de unidades judiciales o administrativas multidisciplinarias de alto nivel de capacitación para encarar este tipo de proceso...”*

A pesar de no profundizar en estos diferentes aspectos, sí muestra con mucha claridad el rol central que las tareas de investigación financiera de delitos cumplen para dar seguimiento y escrutinio intensivo sobre personas, análisis de operaciones, rastreo, identificación y congelamiento de bienes con miras a su posterior decomiso. Este tramo del fallo alerta sobre el papel del sistema financiero y las UIF's a los fines de la prevención y detección de transferencias del producto del delito. De este modo, el fallo reconoce el principio de transparencia financiera, de conformidad con las exigencias previstas en el artículo 52 de la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción, donde se establece la obligación para los Estados partes de adoptar medidas internas destinadas a exigir y garantizar que las instituciones financieras verifiquen la identidad de los clientes y destinatarios finales de operaciones que involucren valor elevado, así como también el mayor escrutinio sobre personas políticamente expuestas, y el control sobre el sistema financiero para impedir el establecimiento de bancos cáscaras o que no estén afiliados a un grupo financiero sujeto a regulación. Todos estos recaudos conforman el núcleo básico de herramientas de prevención y control del lavado de activos, diseñado a nivel global e implementados a nivel local, como uno de los presupuestos necesarios para el desarrollo de una acción exitosa en términos de recuperación.

En segundo lugar, el fallo establece: *“...las tendencias actualmente dominantes en la lucha contra delitos tales como el narcotráfico, el crimen organizado, el fraude y la corrupción, incorporan nuevas sanciones dirigidas hacia el patrimonio del delincuente, en donde el decomiso constituye uno de los instrumentos más importantes...”*. Así, traza el distinguo de dos acciones diferentes, una orientada a la persona y otra orientada a los bienes. Si la primera procura determinar la responsabilidad por el delito cometido, la segunda busca determinar el origen de bienes identificados y sospechados de estar conectados a una actividad delictiva. Estas dos opciones sugeridas en el fallo permiten trabajar sobre dos esquemas de recuperación diferentes en función de los objetivos y el procedimiento de decomiso implementado.

El modelo clásico de decomiso es concebido, en nuestra tradición jurídica, como una pena, de modo que, el carácter punitivo que posee el instituto define un objetivo sancionatorio contra la persona y, por lo tanto, la acción se dirige contra ésta última. De allí que se lo identifique como decomiso ***in personam***. Cuando el modelo de decomiso responde a este esquema, la prueba sobre el origen ilícito de los activos debe respetar el sistema de garantías constitucionales que hacen al debido proceso. En consecuencia, el Ministerio Público tiene la carga de probar que los activos son el producto de un delito sancionado penalmente. Por el contrario, si el decomiso es diseñado con un objetivo reparatorio del daño producido, puede instrumentarse como una acción civil dirigida directamente contra los bienes patrimoniales reputados de ilícitos. En este caso, el procedimiento responde a una acción ***in rem***, y , permite perseguir jurídicamente el patrimonio de forma independiente a la suerte corrida por en el proceso penal. Pero también, facilita hacerlo con estándares probatorios flexibles que autorizan el uso de cargas probatorias dinámicas<sup>19</sup>. Además, tiene la ventaja de eludir un problema estructural en la investigación de delitos económicos y corrupción: la innumerable cantidad de casos con imputados en estado de rebeldía o inclusive sobreseídos por causa de muerte, donde la acción penal se detiene por la imposibilidad legal de realizar un juicio en ausencia del acusado; en estos casos el decomiso *in rem* permite proseguir contra los bienes identificados.

En este sentido, el fallo reconoce que en materia de delitos vinculados a la corrupción “... *el decomiso cumple una función reparatoria del daño social causado, por lo que resulta importante otorgarle un sentido de restauración de la justicia y restablecimiento del equilibrio perdido, destinado a recuperar para la comunidad los activos obtenidos o utilizados en la comisión de delitos socialmente dañosos*”. En este punto lo novedoso del fallo consiste en que traza una relación clara entre el decomiso de bienes y el daño social producido fundando el sentido restaurador de la recuperación de fondos públicos. En orden a satisfacer dicho fin se acogió la tesis que establece la devolución social de los activos como forma adecuada de restitución del dinero robado por la corrupción. Pero también refuerza la reformulación del decomiso como instrumento civil eficaz y adecuado para perseguir la corrupción por vías jurídicas no penales.

El fallo dictado en el caso María Julia Alzogaray abre la puerta a que el decomiso de bienes se desprenda de la noción jurídica tradicional que lo concibe como pena accesoria y comience a ocupar un lugar central en el diseño de herramientas político criminales adecuadas a las complejidades planteadas por la criminalidad económica y la corrupción. Sin embargo, a pesar de la claridad expositiva de este segmento de la sentencia y, la existencia de una orden de decomiso dictada en contra de la acusada, aún no se ha podido ejecutar judicialmente sobre bienes por el valor correspondiente.

### **La confesión de los acusados en el caso IBM Banco Nación**

En la investigación judicial llevada adelante por el escándalo IBM BNA se pagaron sobornos a funcionarios públicos del banco para la digitación del pliego de bases y condiciones del proyecto centenario, cuyo objetivo era la modernización del sistema de computadoras de las sucursales del banco a nivel nacional. En este caso, que ya lleva en la justicia 14 años de investigación, se logró identificar una serie de bienes y repatriarlos al país. Estos bienes fueron localizados en cuentas bancarias abiertas en suiza y ascienden a un total de 4,5 millones de dólares. La repatriación de estas sumas de dinero fue posible porque dos de los imputados en la causa, Alfredo Aldaco y Genaro Contartese confesaron haber recibido “**gratificaciones**” por la redacción de los pliegos que finalmente fueron adjudicados a la empresa multinacional.

Según el procesamiento dictado por el juez de la causa “... Genaro A. Contartese reconoció la titularidad de la cuenta Flexi abierta en el Banque Privée Edmond de Rothschild en Ginebra, indicando que ya poseía cuenta en el exterior (...). En cuanto al origen del dinero allí depositado -U\$S 1.439.943-, señaló Contartese que hacia fines de abril o en los primeros días del mes de mayo de 1994 -una vez que la licitación 60/93 había sido adjudicada a IBM Argentina S.A. y sus socios-, Marcelo Cattaneo se entrevistó con él, indicándole que la empresa informática estaba interesada en hacer un reconocimiento a algunos directores del banco que habían actuado en el contrato, y que dicha gratificación se efectivizaría en la forma que dispusieran quienes la recibieran, sugiriéndole que le informara el número de alguna cuenta en el exterior, para efectuar el depósito de la suma ofrecida. Según relató, le informó a Marcelo Cattaneo el teléfono de la Banque Privée Edmond de Rothschild, luego de lo cual se desentendió del tema, hasta que supo del dinero depositado en su cuenta. Por su parte, Alfredo Aldaco efectuó similares manifestaciones a las vertidas por Contartese, pero aportando mayores precisiones respecto de las reuniones mantenidas con Marcelo Cattaneo y situándolas en una época distinta (fs. 12882/12896). Así fue que describió una entrevista mantenida con Marcelo Cattaneo hacia fines de febrero de 1994, la que tuvo su ocurrencia por la tarde en su despacho del BNA y la que no duró más de quince minutos. Señaló que en dicho encuentro, el nombrado Cattaneo le manifestó que finalmente el Directorio del BNA había aprobado un proyecto centralizado que sería llevado adelante por IBM Argentina S.A.. Continuó refiriendo que Cattaneo le había indicado que IBM había tomado una serie de

seguros muy altos y que como el Directorio del banco cumpliría los contratos, ellos no tendrían que usarlos, motivo por el cual **IBM quería gratificar a algunos directores de la institución, ofreciéndole la suma de U\$S 3.000.000, frente a lo cual, le contestó “que lo iba a pensar”. En una nueva reunión, la que -según sus dichos- ocurriera a los dos o tres días de la antes señalada, le manifestó a Marcelo Cattaneo que aceptaba el ofrecimiento, solicitándole aquel que abriera una cuenta donde girarle el dinero, lo que hizo, según manifestó, hacia fines de febrero de 1994,....”**

La extensión de la cita se justifica por sí sola en la medida que demuestra con un grado de evidencia probatoria más que razonable que los dos acusados recibieron dinero procedente del pago de un soborno ofrecido por una empresa multinacional. Grado de evidencia corroborado posteriormente con la identificación del dinero en las cuentas bancarias denunciadas por los funcionarios públicos confesos. Esta prueba facilitó a que la justicia argentina repatriara el dinero hacia la Argentina. En el caso no se profundizó sobre las posibilidades del decomiso civil de dichas sumas de dinero, ya que la justicia se limitó a mantener el dinero embargado en una cuenta bancaria a nombre del tribunal interviniente en el proceso.

Estos dos casos son importantes porque en ellos se tomaron decisiones propias de un procedimiento de recuperación. En IBM la repatriación del dinero a nuestro país involucró una clara devolución de activos al Estado requirente en virtud de la existencia de pruebas claras que demostraban la conexión entre los bienes y el ilícito que les dio origen. En el caso María Julia, si dictó una sentencia de decomiso que, aún cuando actuó como pena accesoria en virtud del artículo 23 del código penal, se pronunció expresamente sobre la posibilidad de decomisar sin necesidad de una condena previa. Tanto el pronunciamiento por el decomiso como devolución anticipada del caso IBM, son dos muestras claras sobre las posibilidades reales de llevar adelante procesos de recuperación. Sin embargo, en ambos casos la justicia penal no logró avanzar más allá de eso: ni ejecutó el decomiso ordenado, ni decomisó los activos incautados, aun cuando en los dos casos había sobradas razones legales para hacerlo.

## **II. Recuperación de activos por vías alternativas al decomiso.**

IBM BNA es un caso paradigmático porque la confesión realizada por los acusados dentro del proceso penal y el marco de su declaración indagatoria posee la entidad suficiente para facilitar la prueba del origen ilícito de los bienes transferidos hacia cuentas bancarias suizas. La repatriación de estas sumas de dinero, que fue posible gracias a que la información fue proporcionada originalmente por uno de los acusados, no tuvo como correlato una orden de decomiso de bienes, ni decisión jurídica alguna ordenando la disponibilidad de activos a favor del Estado. El carácter accesorio que tiene el decomiso en la legislación argentina constituyó un primer obstáculo en este sentido, al que se sumó la falta de cierto activismo judicial frente a un supuesto de confesión de ilicitud.

Debido a que el núcleo probatorio necesario para recuperar dinero proveniente de delitos de corrupción consiste en establecer una conexión (que según el estándar probatorio será razonable, probable, suficiente, indubitable) entre los activos y una actividad ilícita que les da origen, un problema a solución es definir como proceder en casos donde esta conexión está probada razonablemente, pero el sistema legal condiciona la recuperación al dictado de una sentencia condenatoria. En este tipo de situaciones, el requisito de condena es un obstáculo que impide resolver situaciones muy claras en las que los acusados de corrupción terminan beneficiándose de la ineficacia general del sistema judicial frente a estos delitos.

La experiencia ensayada en los diferentes casos exitosos de recuperación de activos y, las reglas vigentes en el capítulo V de la UNCAC, permiten identificar tres caminos básicos para recuperar activos sorteando el obstáculo de condena previa.

Una primer vía alternativa ensayada y diseñada para casos especiales permite eludir el requisito de condena cuando los acusados no pueden ser llevados a juicio porque han fallecido, se han fugado o están en estado de rebeldía. En este tipo de situaciones, es materialmente imposible juzgar la conducta penal de los acusados, sin perjuicio de los cual se puede determinar el origen ilícito de activos, siempre que se establezca razonablemente la conexión entre estos y una actividad criminal previa. No proceder al decomiso de bienes en estos casos y, facilitar la transferencia de los activos a herederos de los acusados o, permitir que su libre disponibilidad por parte de actores que no están a derecho, es injusto y no desalienta ni sanciona la corrupción. La prohibición de juicio in ausencia que, es una garantía básica del proceso penal, no puede limitar aquí el desarrollo de acciones sobre los bienes. Por ello, en estos casos el decomiso puede proceder sin la exigencia de una condena. El artículo 54.1.c de la UNCAC contempla los casos de fuga, ausencia y fallecimiento de acusados, pero también incluye la fórmula “...**casos apropiados...**” para todo otro supuesto donde haya pruebas suficientes y razonables sobre el origen ilícito de los activos como los casos de confesión o de información proporcionada por los acusados.

Una segunda alternativa posible es el modelo de **restitución anticipada** de bienes ensayado en los casos Fujimori y Marcos. En estos dos casos se logró acordar con el Estado requerido la restitución de activos de manera anticipada a la celebración del juicio definitivo, debido a que los bienes habían sido identificados en jurisdicción Suiza y por aplicación de la ley suiza de asistencia legal internacional en asuntos criminales (EIMP) se facilitó la repatriación al Estado requirente de los activos, ya que estaba suficientemente probado que los activos provenían de la corrupción. Este modelo de trabajo permitió recuperar activos saltando el momento del decomiso. En el caso Marcos estos acuerdos incluyeron una serie de requerimientos consistentes en que Filipinas entablara cargos criminales, iniciara procedimientos de confiscación contra Marcos y, confirmara mediante resolución judicial que los activos provenían de la corrupción<sup>20</sup>.

La UNCAC recogió estas experiencias instrumentando un modelo de restitución y disposición de activo regulado en el artículo 57. Uno de los aspectos más importantes reside en que el Estado requerido se encuentra autorizado a renunciar al requisito de exigirle al Estado requirente una sentencia firme a cambio de restituir activos. Si los activos provienen de delitos de peculado, malversación de caudales o lavado de activos procedentes de estos dos delitos precedentes, el Estado requerido puede renunciar al requisito de sentencia firme. Si los activos provenientes de cualquier otro delito previsto por la Convención, el Estado requirente deberá acreditar razonablemente la propiedad anterior sobre los bienes o, el Estado requerido reconocer la existencia de daños causados al Estado requirente como base suficiente para la restitución. En esta regla ingresan los supuestos de pago de sobornos a funcionario público: el dinero proviene de la corrupción y por lo tanto tiene un origen ilícito, pero puede no provenir de las arcas públicas. Por ello, una solución podría ser que el Estado requerido reconozca en estos casos que el Estado requirente sufrió un perjuicio por el pago de coimas (57.3.b). Esta última solución es adecuada para los supuestos de fraudes contra el Estado contactados con el pago de sobornos a funcionarios públicos.

Una tercera opción alternativa al decomiso posterior a la condena, consiste en fomentar mecanismos de **devolución voluntaria de activos**, negociada con los acusados a cambio de morigeraciones en la sanción penal a recibir por el delito cometido. Esta opción puede ser razonable para aquellos casos donde el origen ilícito del dinero esté probado y existan pruebas de cargo con entidad suficiente para condenar a los autores del delito. En el caso

Sani Abacha se utilizó este procedimiento como una manera alternativa de recuperar activos de parte de los acusados<sup>21</sup>. Las devoluciones voluntarias pueden instrumentarse de diversa forma según la estipulación de las partes. Pueden consistir en transferencia de derechos sobre acciones societarias, transferencias bancarias, depósito de sumas de dinero, cesión de propiedades, etc. En todos los casos el efecto directo es que el Estado pasa tener libre disposición sobre los activos transferidos en su favor. En el caso de IBM BNA., a la confesión de uno de los acusados le siguió una manifestación de conformidad para que el juez a cargo del caso dispusiera de los activos.

## VIII. Conclusiones

La persecución penal de la delincuencia económica y la corrupción demostró a lo largo de los años las dificultades inherentes al sistema penal para investigar y sancionar adecuadamente este tipo de delitos. Este problema es mayor en el contexto de sistemas judiciales atravesados por una fuerte selectividad del sistema penal donde la condena de los débiles garantiza la impunidad de los poderosos. Los diferentes casos estudiados demuestran la necesidad de apostar a nuevos ensayos en la búsqueda de sanción y control de la actividad delictiva realizada en la confluencia de actores políticos y económicos.

La recuperación de activos es un modelo que facilita ensayar una estrategia radicalmente diferente por una serie de razones. En primer lugar, porque contribuye a enfocar la corrupción y el delito económico como algo más que delitos que lesionan la integridad, el patrimonio o el orden económico; esto es, permite pensarlos como prácticas que producen daño social y por lo tanto afectan derechos humanos. El enfoque del daño social encastra con el desarrollo de procesos de recuperación de activos porque el uso adecuado de éstos facilita reparar el daño social producido a gran escala. Los “casos exitosos” de recuperación son una muestra testigo en este sentido. Además, como todo proceso de recuperación involucra una instancia de restitución, la devolución social del dinero robado por corrupción repara y, simbólicamente, demuestra que vale la pena pelear contra los corruptos. Por el contrario, la estrategia de persecución penal permanece anclada a una racionalidad que busca el castigo sin preocuparse por el perjuicio producido por el robo de activos. Aún hoy, la estrategia penal conserva una reminiscencia casi religiosa fortalecida por el discurso moral sobre la corrupción. Todo parecería dar a entender que, en definitiva, castigar al corrupto, busca una “cierta expiación de pecado” que, en la lógica del derecho penal racionalizado en el Estado moderno, equivale a una lesión a la integridad y probidad en la función pública.

Recuperar activos partiendo del presupuesto de reparar el daño social producido facilita así desarrollar una estrategia novedosa para perseguir corrupción y delitos económicos, en cuanto se focaliza a perseguir bienes patrimoniales y no personas. Esta línea de trabajo supone también un presupuesto político criminal claro: evitar el financiamiento de mercados de corrupción y desarticularlos.

<sup>1</sup> Cfr. Dobb, Maurice, *Estudios sobre el desarrollo del capitalismo*, Siglo XXI -3 edición, pp.224

<sup>2</sup> Cfr. Colombo Ariel, *El Futuro Actual*, Prometeo, pp. 113

<sup>3</sup> Cfr. Conklin, John, *Illegal but no criminal. Business crime in America*, pp. 100

<sup>4</sup> Cuestión aparte es analizar las razones que motivan y articulan estas prácticas diferenciadas de aplicación de la ley y castigos entre delitos comunes y delitos de poder (los delitos económicos son una precisa manifestación de los delitos de poder). La idea de regulación de los ilegalismos ensayada brevemente por Michel Foucault sobre el final del célebre Vigilar y Castigar, sugiere algunas líneas de exploración interesantes.

<sup>5</sup> [www.unida.edu.py](http://www.unida.edu.py)

- <sup>6</sup> Del total de 95 causas penales se logró localizar y registrar datos de 80 causas; las 15 restantes no fueron registradas por encontrarse en otras circunscripciones judiciales, o estar en los despachos de los magistrados a la firma o, directamente porque no fueron encontradas.
- <sup>7</sup> Una de las variables principales a tener en cuenta es que los datos analizados en el caso paraguayo son casos procesados conforme a las nuevas reglas de enjuiciamiento procesal penal conforme a un modelo acusatorio de mayor alcance y profundidad que los sistemas procesales por los que tramitan los diferentes juicios por corrupción del caso argentino (dos modelos procesales uno inquisitivo y escriturario y otro mixto con una fase escrita y otra oral, regulan las reglas de procesamiento de casos en el sistema judicial. Los casos más antiguos hasta el año 1992 tramitan por el modelo escrito reglado en el viejo código de procedimientos penal; los casos recientes tramitan por el actual Código Procesal Penal de rasgos mixtos).
- Otra variable de importancia es la existencia de una Fiscalía de Delitos Económicos y Anticorrupción que tiene funciones y competencias específicas para el impulso e investigación de estos casos. Esta situación no está presente en el caso argentino, a pesar de que sí existen instancias especializadas como la Fiscalía de Investigaciones Administrativas dependiente del Ministerio Público de la Nación o la Oficina Anticorrupción dependiente del Ministerio de Justicia.
- Una tercera variable es la existencia de una innumerable cantidad de casos no analizados en la muestra del caso paraguayo, especialmente todos los casos de corrupción financiera relacionados con fraudes y vaciamientos de entidades bancarias ocurridos en ese país entre los años 1995 y 1999. La incidencia que los casos bancarios tienen en el estudio de la respuesta judicial frente a los delitos económicos y de corrupción no es menor en el caso argentino.
- <sup>8</sup> En general la tendencia muestra que en los casos resueltos por juicio abreviado la pena impuesta fue más leve que la dictada luego del juicio oral y público.
- <sup>9</sup> Cfr. Observatorio Judicial UNIDA *Investigación académica sobre el cumplimiento de los plazos procesales en las causas penales*, pp. 54
- <sup>10</sup> Cfr. <http://www.pciudadana.com/Publicaciones/>
- <sup>11</sup> Cfr. Tribunal de Distrito de los Estados Unidos. Distrito Sur de la Florida. División de Miami. Sentencia del caso 04-20727 Civ-Martinez/Bandstra.
- <sup>12</sup> El término confiscación proviene de la tradición jurídica anglosajona y es equivalente al instituto jurídico del decomiso regulado en la tradición continental. De allí que, en algunos códigos penales de ésta última tradición se hable de confiscación especial por oposición a la confiscación general toda vez que ésta última está prohibida constitucionalmente. Cuando la Constitución Nacional Argentina expresamente prohíbe la confiscación de bienes (CN: 17) se refiere a los casos de confiscación general.
- <sup>13</sup> Cfr. **In Depth: A history of asset forfeiture**, *Las Vegas Review Journal*, April 01, 2001, [www.reviewjournal.com/lvrj\\_home/2001/Apr-01-Sun-2001/news/15630757.html](http://www.reviewjournal.com/lvrj_home/2001/Apr-01-Sun-2001/news/15630757.html)
- <sup>14</sup> Véase Schmitt, Carl, *Teología Política. Cuatro ensayos sobre la soberanía*, ed. Struhart & Cía.
- <sup>15</sup> Skinner, Quentin, *Los fundamentos del pensamiento político moderno. El Renacimiento*. Fondo de Cultura Económica. El autor analiza el desarrollo del concepto de **virtud** desde las ideas clásicas del pensamiento antiguo, pasando por autores escolásticos hasta llegar a los orígenes del renacimiento italiano. La idea de buen gobierno aparece íntimamente ligada a la capacidad de gobernar virtuosamente. En ocasiones esto significó gobernar atendiendo al bien común, pero en otros casos el gobernante virtuoso era aquel que ejercía el poder asumiendo la gloria y magnanimidad como valores supremos de lo político. Inclusive en Maquiavelo la virtud adoptó un sentido radicalmente diferente en cuando implicó una concepción flexible en la medida que paso a referirse al uso de todas las cualidades posibles y necesarias para conservar su Estado.
- <sup>16</sup> Ruggieron, Vincenzo, *Delitos de los débiles y de los poderosos*, Ed. Ad Hoc
- <sup>17</sup> <http://www.abc.com.py/articulos.php?pid=420051&fec=2008-05-31>
- <sup>18</sup> Cfr. FATF – GAFI, 40 Recomendaciones; Wolfsberg Principles <http://www.wolfsberg-principles.com/standards.html>, entre otros.
- <sup>19</sup> Stessen Guy, *Money Laundering. A New International Law Enforcement model*, pp. 39
- <sup>20</sup> Cfr. Daniel Tim, *Repatriación de fondos estatales robados: selección de casos de estudio y la Convención de la ONU contra la Corrupción*, publicado en Informe Global de la Corrupción 2004, TI, ed. Prometeo, pp. 130
- <sup>21</sup> Cfr. Monfrini, Enrico, *El caso Abacha*, pp. 266