

Apuntes de Derecho Penal Económico

Javier Contreras Saguier
Ricardo Preda del Puerto
(coordinadores)

Programa de Democracia
Más Justicia



FICHA TÉCNICA

Apuntes de Derecho Penal Económico

Coordinadores:

Javier Contreras Saguier
Ricardo Preda del Puerto

Autores:

César Alfonso Larangeira
Mariano Hernán Borinsky
Rafael Caputo
Alejandro Catania
Javier Contreras Saguier
Ricardo Preda del Puerto

Cuidado de Edición:

Dora Cristaldo Raskin

Diseño de Tapa:

Horacio Cristaldo Raskin

Edición: ICED

Impresión: I Gráfica

Primera edición

1.500 ejemplares

Asunción - Paraguay

Año 2012

Cita recomendada: CONTRERAS, Javier / PREDAS, Ricardo, coordinadores (2012). Apuntes de Derecho Penal Económico. Asunción, Paraguay: ICED.

ISBN 978-99953-932-2-9

Distribución gratuita

“Esta publicación ha sido posible gracias al apoyo de la Agencia de los Estados Unidos para el Desarrollo Internacional (USAID). Los conceptos y opiniones expresadas en la misma corresponden a los autores y no reflejan necesariamente el punto de vista de USAID ni del Gobierno de los Estados Unidos”.

Programa de Democracia Más Justicia



PRESENTACIÓN

El presente libro colectivo que tenemos el honor de presentar, representa uno de los primeros materiales en nuestro país que aborda al Derecho Penal Económico, como una disciplina distinta al Derecho Penal, por decir de alguna manera, clásico.

Algunos de los artículos son las ponencias presentadas por eximios magistrados y juristas argentinos que ejercen¹ o ejercieron² funciones en el Fuero Penal Económico de aquél país, en seminarios organizados en distintas ciudades de nuestro país. Los temas desarrollados por ellos guardan relación con el tratamiento del error en los delitos económicos, el bien jurídico y las peculiaridades de esta disciplina, en especial del derecho penal tributario, así como la organización de los tribunales y fiscalías en delitos económicos, según la experiencia argentina.

Por otro lado, desde el punto de vista nacional, se pretende explicar en qué consisten los delitos económicos y cuál ha sido la evolución en el ámbito de su persecución en el Paraguay. Con el objeto de abordar un tema de la parte especial del Derecho Penal Económico, se desarrolla un análisis del tipo penal de Evasión de impuestos. Por último, también se realiza un breve comentario de la recientemente promulgada ley que modifica y amplía el Código Penal en lo que respecta a los denominados delitos informáticos.

¹ Alejandro Catania y Rafael Caputo, Jueces en lo Penal Económico de la Capital Federal (Buenos Aires)

² Mariano Borinsky, actualmente miembro de la Cámara Nacional de Casación Penal y anteriormente Fiscal General ante los Tribunales Orales en lo Penal Económico y también a cargo de la Unidad Fiscal de Investigación de Delitos Tributarios y Contrabando

Este material ha sido elaborado en el marco del “Programa Más Justicia” que llevan adelante el Instituto de Estudios para la Consolidación del Estado de Derecho – ICED y el Centro de Información y Recursos para el Desarrollo – CIRI, gracias al apoyo de la Agencia de los Estados Unidos para el Desarrollo Internacional – USAID.

Esperemos que el material represente una contribución positiva a la ciencia jurídica del Paraguay.

Javier Contreras Saguier
Ricardo Preda Del Puerto

Índice

PRESENTACIÓN	3
<i>Javier Contreras Saguier</i>	
<i>Ricardo Preda del Puerto</i>	
I. LA SUBSUNCION COMO HERRAMIENTA NECESARIA EN LA RESOLUCIÓN DE CASOS DE DELITOS ECONOMICOS.....	7
<i>César Alfonso Larangeira</i>	
<i>Javier Contreras Saguier</i>	
<i>Ricardo Preda del Puerto</i>	
1. Introducción	9
2. La Subsunción.....	10
3. Sentencias de la Corte Suprema Justicia.....	26
4. Sentencias de Tribunales de Sentencia de Asunción.....	36
5. Sentencias de Tribunales de Sentencia de Itapúa.....	72
6. Sentencias de Tribunales de Sentencia de Alto Paraná.....	82
7. Conclusiones	88
II. ORGANIZACIÓN DE TRIBUNALES Y FISCALÍAS ESPECIALIZADOS EN DELITOS ECONÓMICOS.....	93
<i>Mariano Hernán Borinsky</i>	
1. La justicia en lo Penal Económico	95
2. La actuación del Ministerio Público Fiscal	102
3. Las Unidades Fiscales de Investigación	108
4. A modo de colofón	120
III. DERECHO PENAL ECONÓMICO.....	123
<i>Alejandro Catania</i>	
1. Derecho Penal. Concepto y Fin. Bienes Jurídicos	125
2. Derecho Penal Económico	132
3. Delitos Tributarios. Bien Jurídico	137

IV. EL TRATAMIENTO DEL ERROR EN EL ÁMBITO DEL ART. 9 DE LA LEY 24.769	151
<i>Rafael Caputo</i>	
1. Delito de omisión propia	153
2. El problema	153
3. Las posibles soluciones desde el ámbito de la tipicidad	154
4. La posible solución desde el ámbito de la antijuridicidad	157
5. El traslado de la cuestión al ámbito de la culpabilidad	159
6. Conclusión	162
V. LA ESPECIALIZACIÓN EN LA PERSECUCIÓN DE DELITOS ECONÓMICOS EN EL PARAGUAY	165
<i>Ricardo Preda del Puerto</i>	
1. Nociones generales	167
2. Evolución y estado actual	170
3. Recomendaciones para optimizar el sistema actual	179
4. Abreviaturas	182
Anexos.....	183
VI. LA TIPICIDAD DE LA EVASIÓN DE IMPUESTOS EN EL CODIGO PENAL PARAGUAYO	185
<i>Ricardo Preda del Puerto</i>	
1. Introducción	187
2. Antecedentes	188
3. Bien jurídico protegido	190
4. La tipicidad objetiva	191
5. El tipo subjetivo	202
6. A modo de conclusión	204
VII. LEY CONTRA LOS DELITOS INFORMATICOS. BREVE RESEÑA	205
<i>Ricardo Preda del Puerto</i>	
1. Introducción	207
2. La modificación de artículos	208
3. Introducción de nuevos artículos.....	210
4. Conclusiones	216
5. Bibliografía	217
Anexo - Ley N° 4439	219

I

La Subsunción como herramienta necesaria para la resolución de casos de Delitos Económicos

**Por: César Alfonso Larangeira ¹
Javier Contreras Saguier ²
Ricardo Preda del Puerto ³**

¹ Doctorando, Westfälische Wilhelms-Universität Münster, Alemania (presente). Magister Legum (LL. M.), Derecho Penal, Westfälische Wilhelms-Universität Münster, Alemania, 2008. Consultor del ICED. Fue Agente Fiscal Penal, Ministerio Público, Paraguay (1999-2005). Miembro del Grupo latinoamericano de estudios sobre Derecho Penal Internacional, (desde 2006). Ha realizado varias publicaciones nacionales e internacionales.

² Master en Derecho Europeo comparado por la Universidad Carlos III de Madrid, España (1998). Ha sido Director Nacional de Aduanas (2009 - 2011), Agente Fiscal, Coordinador de la Unidad Especializada en delitos económicos y encargado de la Dirección de Delitos Económicos del Ministerio Público (1999 - 2004). Asesor de importantes instituciones públicas y privadas en temas relativos al derecho penal y administrativo.

³ Especialista en Derecho Penal Económico por la UCLM Toledo-España (2009) y la Universidad del Nordeste-Argentina (2003). Miembro Titular de la Comisión Nacional de Reforma del Sistema Penal y Penitenciario. Instructor del Centro de Entrenamiento de Fiscales y profesor de varios postgrados en Universidades Nacionales. Ha publicado y realizado presentaciones tanto en el país como en el extranjero. Ex Director de Delitos Económicos del Ministerio Público (2006 -2010). Consultor y asesor de varias instituciones públicas y privadas.

1. Introducción

El presente trabajo contiene un análisis de treinta sentencias recaídas en el marco del juzgamiento de casos denominados “de Delitos Económicos”⁴.

Para el efecto, se han analizado, en carácter de muestra, dieciseis sentencias dictadas por Tribunales de Sentencias de la Capital, seis sentencias dictadas por Tribunales de Sentencia de Itapúa, cinco sentencias dictadas por Tribunales de Sentencia de Alto Paraná y tres resoluciones dictadas por la Corte Suprema de Justicia en el marco de Recursos Extraordinarios de Casación.

El análisis se centra principalmente en la subsunción, es decir, en la tarea de verificar si una determinada porción de hechos ocurridos cumple con los presupuestos de punibilidad que entren en consideración.

En esta tarea de relacionar una determinada conducta (acción u omisión) de una persona, así como otras circunstancias, con aquellos elementos que componen el modelo de conducta con que la ley describe un hecho penalmente sancionado, reviste especial importancia delinear y definir los contornos de estos elementos.

⁴ Esta denominación no hace referencia al significado de la expresión en sentido estricto, sino a aquellos delitos, cuya persecución es competencia de la Unidad de Delitos Económicos y Anticorrupción, así como de la Unidad especializada en temas marcarios del Ministerio Público.

Esto es así, pues se necesita saber primero cuáles son las características definitorias (de los elementos típicos), para poder verificar y afirmar si las mismas concurren (o no) en el caso concreto, y luego poder concluir si el elemento se realiza o no.

Las características definitorias de los elementos deben ser explicadas, a los efectos de verificar si el razonamiento de subsunción es correcto. Su explicitación se hace indispensable en los casos en que no es tan evidente la realización de un determinado elemento típico.

Se centra la atención, más precisamente, en éste manejo conceptual, ya que una comparación con ciertas pautas proporcionadas principalmente en el marco de la doctrina, permite señalar las fortalezas o eventualmente debilidades en el juzgamiento de los delitos económicos.

En primer término se realiza una aproximación a cada juzgamiento en particular, y luego se realiza una reflexión desde una perspectiva de conjunto, con miras a establecer conclusiones.

Por dicho motivo -luego de esta introducción y antes del análisis de las sentencias, referencias-, se presenta una breve introducción que presenta propuestas de técnicas de realización de subsunción debido a que, se adelanta, en el estudio realizado se han detectado problemas en la realización de la subsunción, no sólo en las sentencias dictadas, sino, incluso, en las actas de imputación, escritos de acusación y autos de elevación a juicio oral.

2. La Subsunción

2.1. Explicación general

Con la voz “subsunción” se designa usualmente la tarea de comprobar, si un hecho (es decir, una determinada porción de

la realidad) realiza los presupuestos de punibilidad de un tipo legal⁵.

En el marco de esta actividad resulta necesario utilizar la denominada “técnica del dictamen”, si se aspira a hacer más seguro el proceso de utilización del derecho y se busca reducir razonablemente los márgenes de error en la solución de casos.

Esta técnica, apoyada en pasos lógicos y reglas de razonabilidad y conveniencia, debe subyacer a la actividad de todo intérprete (sea un juez, un abogado, un estudiante, un fiscal, etc.) que se pregunta por la punibilidad de una persona.

La subsunción se introduce con la formulación de una “pregunta de subsunción”. Luego, debe desarrollarse “reflexiones intermedias” para poder, finalmente, dar una respuesta a la pregunta inicialmente formulada.

Una versión detallada de una subsunción puede ser útil, pero no está pensada para ser presentada en la solución del caso. Éste debe recibir estrictamente lo necesario para comprender el requerimiento, la resolución, etc. En otros términos, no debe recibir información superflua.

Es por eso que existen reglas prácticas de abreviación de los pasos de subsunción que deben ser prudentemente utilizadas.

2.2. Subsunción bajo un tipo penal

A fin de realizar el objetivo mencionado se recurre a un caso de estudio:

Pedro recibió de Víctor un cheque de un millón de guaraníes en concepto de pago por un servicio que realizó en el pasado.

⁵ Ver Art. 14 inc. 1° num. 2 CP.

Pedro decide agregar a la parte de los dígitos un “1”, y luego, el cheque queda modificado, leyéndose ahora “Gs. 11.000.000”. En la parte del cheque correspondiente a las letras, convierte la “u” de “un” en “o” y agrega al final las letras “c” y “e”.

Además al final de la expresión “millón”, agregó las letras “e” y “s”; leyéndose ahora “once millones”. Luego, Pedro presentó el cheque en ventanilla y cobró la suma de Gs. 11.000.000.

2.2.1. Pregunta de subsunción

Como se ha avanzado, el análisis se introduce con la pregunta de subsunción. Es importante formular la pregunta de tal manera que no sugiera o anticipe una respuesta, para esto puede ser de utilidad el empleo del modo subjuntivo

¿Sería punible Pedro por presentar el cheque de Gs.11.000.000 en ventanilla, bajo los presupuestos del artículo 187 inc. 1º CP?

La pregunta debe contener tres datos:

- a) la designación del autor o la persona por cuya punibilidad se pregunta,
- b) la designación de un tipo penal bajo el cual pretende realizarse la subsunción y
- c) la designación de un comportamiento del autor por el cual éste podría (eventualmente) ser punible.

En ocasiones, a fin de evitar confusiones, puede ser útil incorporar como cuarto dato la designación de la víctima.

Otro tipo de consideraciones o datos no corresponden a la pregunta de subsunción y consecuentemente deben ser evitadas.

Luego de formular la pregunta de subsunción hay que determinar la concurrencia de los presupuestos de la punibilidad, es decir, la tipicidad, antijuridicidad, reprochabilidad y demás presupuestos, en el orden mencionado.

2.2.2. Tipicidad

La tipicidad se compone de la tipicidad objetiva y de la subjetiva.

A los efectos de la explicitación del razonamiento puede mencionarse que, para poder afirmar la punibilidad de Pedro, deberían haberse realizado los presupuestos de la tipicidad.

La subsunción bajo un elemento (objetivo y luego, en su caso, subjetivo) sucede en cuatro pasos.

Primer paso o enunciación: Se cita cada elemento (objetivo y luego, en su caso, subjetivo) bajo el cual debe realizarse la subsunción. Seguidamente, y siempre que las circunstancias lo permitan, caber citar la parte de los hechos que posiblemente se subsumiría bajo el elemento.

Segundo paso o definición: El elemento debe definirse.

Tercer paso o asignación: Es de aclarar si la porción de hechos se corresponde con la definición.

Cuarto paso o conclusión: Debe establecerse el resultado, es decir, se debe concluir en base a la correspondencia (o no) con la definición si el elemento se ha realizado (o no).

2.2.2.1. Elementos del tipo objetivo

El tipo objetivo describe los “elementos objetivos”, es decir, aquellas circunstancias, fuera de la psique del autor, que deben concurrir.

En el caso del artículo 187 CP, componen la tipicidad objetiva los elementos: Declaración falsa sobre un hecho; error; disposición patrimonial; perjuicio patrimonial; causalidad.

Siguiendo con la explicitación de la subsunción puede expresarse que, deberían haberse realizado los elementos del tipo objetivo del Art. 187. 1º CP: “declaración falsa sobre un hecho”; “error”; “disposición patrimonial”; “perjuicio patrimonial”; “causalidad”.

a) Subsunción bajo el elemento “Declaración falsa sobre un hecho”

Enunciación del elemento: El presentar el cheque en ventanilla debe representar una Declaración falsa sobre un hecho.

Definición:

- Declarar, en el sentido del Art. 187 inc. 1º CP, es dar a entender o a conocer hechos. Es posible declarar de manera expresa o mediante actos concluyentes. En la declaración mediante actos concluyentes, la afirmación relativa a un hecho se deduce de un comportamiento determinado.
- Los “hechos” son acontecimientos, sucesos o situaciones del “mundo exterior o interior”, que pertenecen al presente o al pasado, y que son accesibles a la prueba.
- La declaración es falsa cuando el contenido de lo declarado no coincide con la realidad.

Comparación: De acuerdo a la percepción del tráfico, con la presentación del cheque en ventanilla del banco el autor declara, entre otras circunstancias, que los presupuestos esenciales del cheque (firma, beneficiario y suma) fueron llenados por el librador. El llenado del che-

que por el librador es un acontecimiento que pertenece al pasado y es susceptible de ser probado. El contenido de lo declarado por el autor (con la presentación) no coincide con la realidad, pues Víctor no llenó el cheque de la manera en que se encuentra cumplimentado.

Conclusión: La presentación del cheque en ventanilla es una declaración falsa sobre un hecho.

b) Subsunción bajo el elemento “Error”

Enunciación del elemento: El autor debió inducir a error al cajero.

Definición: Representación sobre hechos que tiene una persona física, que no coincide con la realidad. Debe ser causada por la declaración falsa sobre un hecho.

Comparación: El cajero se representó, al presentársele el cheque, que éste era un documento auténtico, es decir, que Víctor libró el cheque por Gs. 11.000.000; pero esta circunstancia no coincide con la realidad.

Conclusión: Pedro ha inducido al cajero a un error mediante la presentación del cheque en ventanilla.

c) Subsunción bajo el elemento “disposición patrimonial”

Enunciación del elemento: A causa del error el cajero debió disponer de todo o parte de su patrimonio o el de un tercero.

Definición:

- La disposición patrimonial es cada conducta del engañado (acción u omisión), que conduce inmediatamente a una disminución de su patrimonio (o el de un tercero).

- La disminución puede describirse como cada pérdida de un bien o de una posición patrimonial.
- El concepto de “disposición” no coincide plenamente con el empleado en el ámbito del derecho civil, sino que abarca también un sentido meramente fáctico.
- Debe ser causada por el error.

Comparación: A causa de que el cajero considera que el cheque es auténtico entrega al autor la suma de Gs. 11.000.000, lo que se traduce en una disminución del patrimonio de la entidad bancaria (tercero).

Conclusión: El cajero ha realizado una disposición del patrimonio de un tercero (de la entidad bancaria).

d) Subsunción bajo el elemento “perjuicio patrimonial”

Enunciación del elemento: La disposición del cajero debió causar un perjuicio patrimonial.

Definición: Desde la perspectiva de la teoría económica, el perjuicio patrimonial se traduce en una disminución del patrimonio de una persona que no se encuentra compensada por una prestación de valor económico equivalente.

Comparación: La entrega de la suma de Gs. 11.000.000 disminuye el patrimonio de la entidad bancaria y esta disminución no se encuentra compensada ya que no existe una obligación de honrar el cheque. Al no ser auténtico el cheque, falta una orden de pago válida del titular de la cuenta al banco y consecuentemente éste no posee obligación de cumplir. Igualmente por esta circunstancia (falta de orden de pago válida) no existe propiamente un motivo que legitime al banco a debitar la cuenta del cliente.

Conclusión: La disposición del cajero ha determinado un perjuicio patrimonial de Gs. 11.000.000 a la entidad bancaria.

e) Subsunción bajo el elemento: “causalidad”

Enunciación del elemento: La presentación del cheque debió ser causal del perjuicio (resultado).

Definición: Una acción es causal de la ocurrencia de un resultado, cuando la misma no puede ser suprimida mentalmente, sin que el resultado (en su forma concreta) desaparezca.

Comparación:

- Si Pedro no hubiera presentado el cheque al cajero, el cajero no habría creído que el cheque era auténtico y que, por ende, era una orden de pago por valor de once millones de guaraníes (error).
- Si el cajero no hubiera creído que el cheque era auténtico y que, por ende, era una orden de pago por valor de once millones de guaraníes (error), no habría entregado dinero del banco a Pedro (disposición patrimonial).
- Si el cajero no hubiera entregado dinero del banco, no hubiera existido una disminución no compensada del patrimonio de la entidad (perjuicio patrimonial).

Conclusión: La declaración falsa sobre el hecho, realizada por Pedro ha sido causal del error del cajero, a su vez, causal de la disposición patrimonial y, a su vez, causal del perjuicio en el patrimonio del banco.

Con estas reflexiones se han subsumido los hechos bajo todos los elementos que componen la tipicidad objetiva, con un resultado positivo. Esto puede ser traído a consideración de la siguiente manera:

Se concluye que la conducta de Pedro es objetivamente típica.

2.2.2.2. Elementos del tipo subjetivo

El análisis debe continuar con la subsunción bajo los elementos del tipo subjetivo, es decir, aquellos elementos que se refieren a determinados momentos de la psique del autor.

a) Dolo

El Art. 17 inc. 1º CP establece que cuando la ley no sancione expresamente la conducta culposa, será punible sólo la conducta dolosa.

El Art. 187 CP no hace mención a la sanción de la conducta culposa, de lo que se sigue que Pedro debió haber actuado dolosamente para que su conducta sea subjetivamente típica.

El Art. 18 inc. 1º CP ayuda a saber lo que debe entenderse por actuar dolosamente. Esta disposición expresa que “no actúa con dolo el que al realizar el hecho obrara por error o desconocimiento de un elemento constitutivo del tipo legal”.

Si se formula en forma positiva el contenido de la regla se obtiene que “actúa con dolo el que al realizar el hecho obrara con conocimiento de los elementos constitutivos del tipo legal”.

Aquí es de especial utilidad la precisión del pensamiento de Eberhard Struensee, quien señala que lo que en realidad se exige es que el conocimiento del autor abarque las circunstancias reales del hecho, no -como se afirma frecuentemente- los elementos del tipo. Éstos pertenecen

al mundo conceptual. El dolo se refiere a hechos concretos, sucesos y relaciones del mundo exterior al autor, que deben ser subsumidos bajo los elementos conceptuales del tipo objetivo.

Qué propiamente se entiende por “conocimiento” y si éste es una condición suficiente para afirmar el dolo, son temas que pueden ser objeto de discusión.

En nuestro medio existe, no obstante, un consenso bastante extendido sobre el significado del “conocimiento” y sobre el punto de que éste es una condición necesaria pero no es una condición suficiente para afirmar el dolo.

Esto último se evidencia con el hecho de que es normal oír definir al dolo como “conocer y querer la realización del tipo objetivo”. Esto trae a colación que a más del “conocimiento” se considera necesario un “querer”.

Para afirmar un “conocer”, en este sentido, basta que el autor piense que teórica o realmente podría existir o ser causada la circunstancia que realiza el elemento del tipo objetivo sin importar que al mismo tiempo confíe⁶ que en el caso concreto la circunstancia no se dé o no se cause.

En relación al “querer” es importante previamente aclarar que la expresión no se utiliza en sus acepciones cotidianas usuales.

“Querer” significa aquí “considerar algo” al momento de obrar.

⁶ Se hace referencia a la cuarta acepción en el diccionario de la RAE, es decir: “esperar, con firmeza y seguridad”.

El autor “quiere” la realización de un elemento del tipo objetivo, cuando él, al actuar, toma seriamente en cuenta (considera) la posibilidad de la existencia o la causación de la circunstancia que realiza el elemento del tipo objetivo. Dicho en términos negativos el autor no confía que en el caso concreto la circunstancia no se dé o no se cause.

Tanto el “conocer” como el “querer” deben referirse a cada circunstancia que realiza cada elemento que compone la tipicidad objetiva, es decir, a aquellas que ya existen al momento del hecho y a aquellas que deberían ocurrir a causa del mismo.

Éste contenido es el requerido cuando se habla de “conocer” (elemento cognoscitivo) y de “querer” (elemento volitivo) en el marco del denominado dolo eventual.

En relación a las formas calificadas de dolo vale lo siguiente:

Cuando se requiere dolo directo de 2º grado, el “conocer” (elemento cognoscitivo) significa representarse por segura la existencia o la causación de la circunstancia que realiza el elemento de la tipicidad objetiva. Ante éste requerimiento en el plano cognoscitivo, el “querer” no ofrece mayores dificultades, ya que al tener por segura la existencia o la ocurrencia de la circunstancia se considera ya su existencia u ocurrencia. Por este motivo no es necesario normalmente referirse en esta forma de dolo al aspecto volitivo.

Cuando se requiere dolo directo de 1º grado, para “conocer” basta representarse por posible (es decir, que teórica o realmente puede darse) la existencia o la causación de la circunstancia que realiza el elemento de la tipicidad objetiva; en tanto que para “querer” el autor debe no solo considerar que con su obrar es posible -en

el caso concreto- la existencia u ocurrencia de la circunstancia, sino que debe anhelarla; en otros términos, con la realización de la conducta debe buscar esta existencia u ocurrencia.

Según un consenso bastante extendido, para la realización del dolo en la Estafa, basta la existencia de “dolo eventual”.

Definición: Pedro debió obrar con dolo.

Definición del elemento: Obrar dolosamente significa conocer y querer los elementos objetivos del tipo.

Comparación:

- Pedro se representó (y consideró) que la presentación del cheque en ventanilla significaba, a mas de expresar la voluntad de cobrar el monto consignado, la afirmación de tratarse de un documento auténtico, es decir, de un documento expedido por el librador; el sabía y consideraba que ésta declaración no coincidía con la realidad pues él mismo adulteró el cheque.
- Pedro se representó (y consideró) la posibilidad de que el cajero crea en la autenticidad del cheque y que consecuentemente, éste le pagaría el monto consignado con fondos pertenecientes a la entidad bancaria.
- Pedro se representó (y consideró) que el monto consignado en el cheque (entregado posteriormente por el cajero) no era debido por el banco.
- Pedro se representó (y consideró) la posibilidad de que con la presentación del cheque lograría la entrega no debida de fondos de la entidad por el monto consignado.

Conclusión: Pedro ha actuado con dolo con respecto a los elementos objetivos del tipo penal de Estafa.

b) Intención de obtener un beneficio patrimonial indebido

El Art. 187 ° CP requiere un elemento adicional (al dolo) en la tipicidad subjetiva.

La intención de obtener un beneficio patrimonial indebido no forma parte del dolo, ya que la obtención efectiva del mismo no pertenece al tipo objetivo.

Para la consumación de la Estafa no es necesario que concurra efectivamente el beneficio, basta, como se menciona, con que éste sea pretendido.

La intención significa que el autor debe anhelar la obtención del beneficio. Esta obtención puede ser su fin principal o un fin intermedio.

Elemento: El autor debió obrar con la intención de obtener un beneficio patrimonial indebido.

Definición del elemento:

- El beneficio patrimonial es cada mejora de la configuración de un patrimonio que se produce por medio de una ganancia o al eximirse de una obligación.
- El beneficio patrimonial es indebido cuando el mismo no está fundado en una pretensión legítima del autor o del tercero.
- El beneficio aspirado debe además ser la contracara de la disminución determinada por la disposición. El beneficio y la disminución deben referirse al mismo objeto de la disposición. Cuando la disposición se refiere a cosas, se requiere, v. gr., que el objeto sobre el cual el engañado dispuso, sea idéntico al anhelado por el autor.
- El beneficio debe provenir del patrimonio del perju-

dicado y debe basarse inmediatamente en la disposición patrimonial realizada por el engañado.

Comparación: Pedro aspiraba a obtener una mejora en su patrimonio de once millones de guaraníes, mediante la recepción de dinero, de parte del cajero, del dinero del banco.

El beneficio al que aspiraba Pedro es indebido, porque la entidad no tenía la obligación de entregar once millones de guaraníes. El beneficio pretendido es la contracara de la disposición y del perjuicio patrimonial sufrido por el banco.

El beneficio pretendido por Pedro, proviene del patrimonio de la entidad y es inmediata consecuencia del acto de disposición que realiza el cajero del banco.

Conclusión: Pedro tenía la intención de obtener un beneficio patrimonial indebido.

Se concluye que la conducta de Pedro es subjetivamente típica.

2.2.2.3. Otros elementos del hecho punible

Similar tarea de subsunción debe realizarse con respecto a los demás elementos del hecho punible: antijuridicidad, reprochabilidad y punibilidad.

No se desarrolla el referido análisis ni se lo explicita, por no ser objetivo del presente material, el presentar una propuesta completa de técnicas de subsunción, sino el presentar una idea bastante acabada de los pasos para hacerlo y de poner a disposición del lector de este material, un modelo que le permita contar con el criterio de análisis de las resoluciones judiciales.

2.2.3. Criterios de explicitación de los pasos de subsunción

La versión de análisis de subsunción presentada, explicita todos los pasos mentales necesarios para la subsunción.

Para la comprensión de la solución del caso, sin embargo, no resulta necesario explicitar toda la información a la que se hace referencia.

En este sentido, para la apreciación de la medida necesaria en la explicitación de la subsunción, existen algunas pautas importantes a considerar que se describen a continuación:

a) Primer criterio: Forma completa

Cuando la subsunción bajo un elemento no se sobreentiende, deben explicitarse todos los pasos en la medida y extensión que sean necesarios para clarificar la realización (o no) del elemento. Consecuentemente no debe omitirse, en estos casos, la explicitación de paso alguno en la subsunción.

La pregunta de subsunción y la respuesta final a la misma deben expresarse en la generalidad de los casos siempre de forma completa.

b) Segundo criterio: Explicitación resumida en relación al segundo y tercer paso

Cuanto más comprensible sea la realización del elemento, más pueden abreviarse las explicaciones a éste respecto en el segundo (definición) y tercer (asignación) paso de la subsunción.

c) Tercer criterio: Explicitación resumida de la subsunción

Cuando las explicaciones relativas a la realización de un

elemento no necesitan ser extensas por falta de dificultad, puede resumirse lo esencial de los pasos de subsunción (definición y asignación) en una sola oración.

d) Cuarto criterio: Conclusión y luego fundamentación

Cuando la subsunción bajo un elemento pudo ser resumida en una oración, es en ocasiones ventajoso, por cuestiones de estilo, anticipar la conclusión.

En la forma ordinaria de presentar los pasos de la subsunción se explicitan primero los fundamentos y luego por último la conclusión. El presente criterio propone invertir el orden mencionado.

En la utilización de este criterio es conveniente ser cauto.

e) Quinto criterio: Mera afirmación de la realización del elemento

La mera afirmación de la realización de un elemento implica dejar de lado los tres primeros pasos de la subsunción (enunciación - definición - asignación).

En relación a determinados elementos (v. gr. “disposición patrimonial”) puede procederse de la manera señalada pues en muchos casos es comprensible, para cualquier persona, que a partir de la porción de hechos se da su concurrencia.

Esta forma de proceder suele observarse en relación a los presupuestos “antijuridicidad” y “reprochabilidad”, naturalmente en la medida en que la porción de hechos no haga alguna referencia que sugiera la posibilidad que el hecho se encuentre justificado o que el autor no haya obrado con reprochabilidad.

f) Sexto criterio: Omisión de la mención de la realización del elemento

Esta es la forma más drástica de abreviación en la explicación de la subsunción bajo un elemento.

La misma debe utilizarse solo en casos aislados.

En especial puede utilizarse este procedimiento en relación al elemento “acción”, cuando de antemano es totalmente evidente que el comportamiento del autor que se menciona en la pregunta de subsunción consiste en una “acción”, en el sentido de un movimiento corporal dirigido o (por lo menos) dirigible por la voluntad.

Presentada una breve explicación de técnicas de subsunción, se pasa a exponer el trabajo de análisis de sentencias judiciales.

3. Sentencias de la Corte Suprema de Justicia

3.1. Recurso extraordinario de Casación interpuesto en el juicio: P D M y otros s/ Lesión de confianza y otros

3.1.1. Generalidades

En el marco de la sentencia objeto de estudio fueron resueltos recursos interpuestos por la defensa de los acusados, ex directores de una entidad financiera.

Los tipos penales que entraron en consideración fueron los de Lesión de confianza, Favorecimiento de acreedores, y Evasión de impuestos.

Lo atinente al tipo de Evasión de impuestos, deja de ser analizado atendiendo a la nueva situación legal existente relativa a la regulación de la prejudicialidad administrativa.

El tipo objetivo de la Lesión de confianza requiere la causación de un perjuicio patrimonial a otro, es decir, requiere la existencia de un patrimonio ajeno (objeto), un perjuicio a este último (resultado) y la vinculación causal entre el autor y el perjuicio (causalidad).

Se requiere también una cualidad objetiva en el autor. Éste debe poseer la obligación de proteger el interés patrimonial ajeno. Por este motivo la Lesión de confianza representa un hecho punible especial (propio), es decir, sólo puede ser autor del hecho, quien posee la especial cualidad requerida por el tipo. Aquellas personas que no poseen ésta cualidad, solo pueden ser, eventualmente, partícipes.

El tipo subjetivo requiere dolo. En este sentido basta la concurrencia de dolo eventual.

En cuanto al tipo de Favorecimiento de acreedores, se requiere un estado de iliquidez, y que a través del otorgamiento de una garantía o el cumplimiento de una obligación no exigible (o no exigible en el tiempo y forma que fue cumplida), se favorezca a un acreedor en perjuicio de los demás.

En relación al tipo subjetivo se requiere dolo directo de primer o segundo grado.

A nivel del cuarto presupuesto de punibilidad se requiere, como condición objetiva, la cesación de pago o la declaración de la quiebra; y que no se pueda excluir una conexión entre las conductas descritas en el inciso 1º y la cesación de pago o la declaración de quiebra.

3.1.2. Reconocimiento y definición de elementos

El Tribunal ha reconocido y hecho mención a los elementos que componen la tipicidad de los mencionados tipos legales.

Sin embargo, no existe una mayor concretización en el sentido de una conceptualización directa.

3.1.2.1. Posición de garante

Autor de Lesión de confianza sólo puede ser quien tiene una obligación de proteger un interés patrimonial ajeno o, en otros términos, quien se encuentra en una “posición de garante”.

Fuente del Art. 192 CP fue el § 266 (*Untreue*) del Código Penal Alemán.

La descripción del § 266 es, sin embargo, distinta a la del Art. 192 CP. La ley alemana describe dos hipótesis de causación de un perjuicio. En la primera, se describe la conducta del autor que abusa de la facultad de obligar a otro o de disponer del patrimonio ajeno, en tanto que en la segunda, se describe la conducta del autor que lesiona una obligación de cuidar los intereses patrimoniales ajenos.

La primera variante es denominada *Missbrauchsvariante* (variante del abuso), en tanto que la segunda variante es denominada *Treuebruchsvariante* (variante del quebrantamiento de la fidelidad).

En la variante del abuso, el autor daña el patrimonio de otro, habiendo obligado al otro o habiendo dispuesto del patrimonio ajeno, en el marco de las facultades que formal y expresamente le fueron conferidas. El autor se extralimita, sin embargo, en atención a sus deberes o facultades pactadas en forma interna con el titular del patrimonio.

En la variante del quebrantamiento de la fidelidad, se describe la hipótesis en la que el autor, que ha asumido

la obligación de proteger el interés patrimonial ajeno, daña el patrimonio del tercero.

Si bien las dos variantes pueden parecer sustancialmente distintas, la jurisprudencia en Alemania, en decisiones relativamente recientes, y la doctrina en ese país, en forma predominante, ven la variante del abuso como un caso especial de la variante del quebrantamiento de la fidelidad, y requieren, en ambos supuestos, que el autor tenga la obligación de proteger el patrimonio ajeno (*Vermögensbetreuungspflicht*).

Ambas disposiciones, la alemana y la paraguaya, contienen así como elemento común la “obligación de proteger el patrimonio ajeno”, por lo que su conceptualización en Alemania puede servir de pauta interpretativa en el Paraguay.

La conceptualización de este presupuesto es controvertida en el país de origen, pero no obstante existe cierto consenso con respecto a algunos criterios que aspiran a precisar sus contornos. En este sentido: a) debe tratarse de una obligación principal (no meramente accesorio) del autor, b) en el marco de un asunto patrimonial ajeno, de relevancia, y c) en cuyo cumplimiento (de la obligación) al autor le corresponda obrar con autonomía.

La dificultad para precisar las características definitorias de estos criterios es vista en la práctica como la circunstancia de la cual emanan los problemas interpretativos y el motivo determinante de la complicación de aplicar el tipo del Art. 192.

En este sentido el fallo hace referencia a que “para el especial deber de cuidado del patrimonio es necesaria una responsable posición jerárquica ligada con la au-

tonomía y la libertad de movimiento” sin precisar mayormente estos conceptos. Se cita además una literatura referida a un derecho positivo diferente al nuestro, sin explicarse por qué se considera que estos puntos de vista pueden ser relevantes para la interpretación del texto legal paraguayo.

3.1.2.2. Condición objetiva de punibilidad

En relación al tipo de Favorecimiento de acreedores, el juzgador afirma que el tipo no requiere la cesación de pagos para su configuración.

Esto es cierto en relación a la configuración de la tipicidad, sin embargo para la punibilidad de la conducta se requiere como presupuestos objetivos, entre otros, la cesación de pago. Esta circunstancia deja de ser eventualmente discutible a partir de las modificaciones introducidas al texto de la ley 3440/08.

3.1.3. Concurso

En el juzgamiento se hacen consideraciones respecto al concurso real. Independientemente de la nomenclatura que se utilice a este respecto, para la aplicación del art. 70 CP es relevante determinar previamente a la consideración de un eventual concurso, cuándo existe una o mas realizaciones de un hecho punible.

Una de las hipótesis más relevantes en la práctica, son aquellas en las que pese a existir varias conductas del autor, que por si solas en forma aislada ya realizan el tipo legal, se considera que existe una sola (única) realización de un tipo penal. Los presupuestos que se requieren usualmente son: a) que se afecte a una misma víctima; b) que las conductas se basen en una única decisión del autor, y c) que sean realizadas en un ámbito estrecho de lugar y tiempo, de tal manera

que las mismas puedan ser descriptas por un observador objetivo como un suceso unitario.

Es esta la hipótesis que el juzgador pretendió excluir, pero sólo citó y consideró parcialmente los presupuestos. El mismo no consideró en detalle el presupuesto c), cuya ausencia es la que permite cómoda y razonablemente argumentar porque en el presente caso no existe una sola realización del tipo de Lesión de confianza.

El juzgador, en vez de seguir la línea de argumentación señalada, argumenta la ausencia del primer presupuesto, proponiendo la falta de afectación a una sola víctima, señalando que con las conductas se afectó también el patrimonio de distintos ahorristas. Este razonamiento implica premisas que no se adecuan a la realidad, ya que no se puede afirmar razonablemente que existe una identidad entre el patrimonio de la entidad y el de los particulares ahorristas.

3.2. Recurso Extraordinario de Casación interpuesto en la causa J P B y otros s/ Lesión de confianza

3.2.1. Generalidades

En el marco del presente juzgamiento se ha procedido al estudio de recursos interpuestos por la defensa de los afectados.

Han entrado en consideración, los tipos de declaración falsa, Lesión de confianza, entre otros.

Es relevante, a los efectos de los comentarios que siguen a continuación, tener en cuenta en especial lo expresado en el punto II.1.1, en relación a los elementos objetivos y subjetivos que componen el tipo de Lesión de confianza.

3.2.2. Reconocimiento y definición de elementos típicos

En general existe una mención a los elementos que componen la tipicidad de los tipos que se analizan, puede apreciarse sin embargo la ausencia de una concretización en la conceptualización de los mismos.

En parte de las consideraciones se impugna la decisión de la instancia inferior con el argumento de la ausencia de dolo, sin embargo, se hace referencia también “a una ausencia” de causalidad, lo que parece indicar una confusión en el plano del orden de subsunción.

También en un determinado momento se hace alusión a la ausencia de “intención” de causar un perjuicio patrimonial en el contexto del análisis de la realización del tipo de Lesión de confianza. Esto indica que parece entenderse que el mencionado tipo legal requiere un dolo cualificado, específicamente “dolo directo de primer grado”, en tanto que para la realización de la figura basta con la concurrencia de dolo eventual.

Existe igualmente una cita de literatura referida a un derecho positivo distinto al nuestro, sin validarse su utilidad, pues se ignora la estructura y conformación del tipo penal a que el autor de la obra hace referencia.

En relación al tipo de declaración falsa, puede apreciarse que se hace referencia al “engaño” como elemento que integra la tipicidad. Esto representa *stricto sensu* un error, pues lo que requiere es una declaración falsa. El hecho de que haya ocurrido un engaño, entendido como una representación distorsionada de la realidad, es irrelevante a los efectos de la afirmación de la realización del elemento “declaración falsa”. El uso de esta nomenclatura puede deberse al recurso a una literatura referida a tipos legales que contienen este tipo expresiones en sus enunciados.

3.3. Recurso Extraordinario de Casación interpuesto en la causa: T C Z y otros s/ Lesión de confianza y otros”

3.3.1. Generalidades

Es relevante, a los efectos de los comentarios que siguen a continuación, tener en cuenta en especial lo expresado en el punto II.1.1, en relación a los elementos objetivos y subjetivos que componen el tipo de Lesión de confianza.

3.3.2. Reconocimiento y definición de elementos típicos

En el juzgamiento objeto de estudio, un tribunal de alzada revoca una decisión de instancias anteriores que habían condenado a los acusados por la comisión de los hechos punibles de Lesión de confianza y Conducta conducente a la quiebra.

En el juzgamiento, así como en el discurso manejado en las instancias inferiores, parece hacerse referencia a que la concretización de un perjuicio se encuentra condicionado a la realización (o no) de prestaciones (futuras, eventualmente) debidas. En este sentido se hace referencia a pericias y testimonios. Por ejemplo se da relevancia a que en un testimonio se ha manifestado “...hasta que no se agoten todos los medios para obtener el pago de éstos instrumentos no se puede hablar de pérdida e inclusive en el caso de que se recupere algún monto, éste se constituye en una ganancia para el Fondo Mutuo...”.

Afirma que, teniendo en consideración la presentación de acciones tendientes a realizar créditos de la institución, no puede concluirse que se ha configurado un perjuicio patrimonial, ya que “no existe pérdida real, efectiva e irreversible”.

Afirma que, hasta no culminar la liquidación de la entidad, no se conocerá el monto de la pérdida, si la hubiere.

Para la determinación del perjuicio es usualmente aceptado en el derecho comparado aplicar el Principio del saldo (*Saldierungsprinzip*). En el caso de negocios de intercambio (prestaciones bilaterales) se debe proceder a compensar la disminución del patrimonio originada por la disposición con la contraprestación recibida, atendiendo a los respectivos valores de mercado.

Para determinar la existencia de un perjuicio en el patrimonio de una persona física o jurídica, se debe determinar su valor antes y después de la conducta analizada. Si el valor del patrimonio disminuyó luego de la conducta analizada, se afirma que se ha configurado un perjuicio en el patrimonio.

Si el valor de la prestación recibida es menor al de la entregada, existiría un perjuicio. Por el contrario, si la prestación recibida es de mayor valor o ambas prestaciones se compensan por ser equivalentes, se negaría la existencia de un perjuicio.

Como ejemplo se presenta el desembolso de fondos, en concepto de crédito, a favor de una entidad insolvente. En el caso de que el administrador de una entidad disponga la suma de un millón de dólares en concepto de crédito otorgado a una entidad insolvente, resultará, como consecuencia, que la entidad ha pasado de tener la suma de un millón de dólares en concepto de activos con ese valor a tener un crédito con valor nominal de un millón de dólares, pero, cuyo valor real en el mercado no alcanzará ni remotamente ese valor.

Consecuentemente, si bien la entidad contará con un crédito, el valor del mismo será inferior del valor de la suma de la que disponía antes del acto de disposición analizado. En consecuencia, en ese caso, la conclusión será que ha disminuido el valor del patrimonio de la entidad y, consecuentemente, que se ha configurado un perjuicio patrimonial.

Para determinar el saldo de las modificaciones patrimoniales sólo deben considerarse el valor de la disposición y el de la contraprestación inmediatamente relacionada a ésta, atendiendo a la condiciones de lugar y tiempo en que se dan en el momento de la realización del conducta del autor. No corresponde considerar en la valoración, v. gr., la eventual (posterior) renuncia de la víctima a lo que le correspondía o las pretensiones en concepto de reparación de daños que le corresponden al titular del patrimonio, o situaciones que ocurren en el futuro.

Esto parece perderse de foco en el discurso en todas las instancias, así como que lo relevante para la solución del caso es la determinación de una causación dentro del ámbito confiado en casos de negocios de riesgo.

En otro orden de ideas, si bien la argumentación del tribunal parece querer insinuar una falta de perjuicio y por otra parte una falta de causalidad entre los supuestos autores y éste último, existen posteriormente consideraciones sobre la tipicidad subjetiva.

Estas consideraciones ya estarían demás, si el argumento es la falta de elementos objetivos del tipo de Lesión de confianza.

En estas argumentaciones el tribunal, para referirse a los grados de dolo, hace referencia “al dolo indirecto” y al “dolo eventual”. Si bien es cierto, en cuanto a la nomenclatura así como a las clasificaciones, existe cierta libertad, no es menos cierta la necesidad de precisar el sentido de las expresiones cuando éstas se desvían de las usualmente utilizadas.

Se hace referencia en concreto a la expresión “dolo indirecto”. Esta expresión es muy aisladamente utilizada en la actualidad para hacer referencia al dolo directo de segundo grado. Su utilización es vista incluso con ojos críticos, por su

falta de aptitud para graficar el concepto a que se debe hacer referencia y por su aptitud de facilitar errores en éste ámbito.

4. Sentencias de Tribunales de Sentencia de Asunción

4.1. Causa: M I R A s/ Estafa y Apropiación

4.1.1. Generalidades

Según se acepta usualmente, el tipo objetivo de la Estafa requiere: la declaración falsa sobre un hecho, un error, un acto de disposición y el perjuicio al patrimonio de otro.

Todos estos elementos deben estar vinculados causalmente en el orden enunciado, en el sentido de que el perjuicio debe ser inmediata consecuencia de un acto de disposición. El acto de disposición debe ser causado por un error, y éste a su vez debe ser determinado por el autor mediante una declaración falsa sobre uno o mas hechos.

En relación al tipo subjetivo, es suficiente la concurrencia de dolo eventual. Además del dolo, se requiere la intención de obtener un beneficio patrimonial indebido.

En relación al tipo de apropiación el tipo objetivo requiere una manifestación exterior de la voluntad de una persona de apropiarse de una cosa mueble ajena. El enunciado contenido en el Art. 160 inc. 1º CP: “...*desplazando a su propietario (al propietario de la cosa) en el ejercicio de los derechos que le corresponden sobre la misma, para reemplazarlo por sí o por un tercero...*”, se encuentra destinado a precisar el concepto de apropiación.

En relación al tipo subjetivo, la apropiación sólo es concebida como conducta dolosa y en este sentido es suficiente la concurrencia de dolo eventual.

4.1.2. Reconocimiento de los elementos y definición de los elementos

El Tribunal ha reconocido todos los elementos que componen la tipicidad de la Estafa según el art. 187 inc. 1º CP, arriba mencionados.

En el proceso de subsunción se ha definido “el patrimonio”, habiéndose recurrido a la definición contenida en el Código Civil (CC).

Se ha enunciado (de alguna manera) la fórmula de la teoría de la equivalencia de las condiciones, a los efectos de establecer la causalidad.

Por último se ha definido “la conducta engañosa” como una simulación o disimulación capaz de producir un error a una o varias personas.

El resto de los elementos que componen la tipicidad de la estafa no fueron definidos. En relación a la mención a “la conducta engañosa” cabe aclarar que la misma estrictamente no representa un elemento de la tipicidad de la Estafa en el Código penal de la República del Paraguay. El Art. 187 inc. 1 requiere *stricto sensu* “una declaración falsa”.

Esta invocación se basa posiblemente en la utilización de literatura relativa a un derecho positivo distinto al nuestro.

La definición utilizada tiene dudosa utilidad ya que expresa que la conducta es “engañosa” en tanto sea capaz de producir un error. Este aspecto, sin embargo, no es relevante, ya que el tipo requiere el elemento “declaración falsa”. Que ésta sea o no capaz de generar un error es irrelevante a los efectos de afirmar su realización.

Declarar, en el sentido del Art. 187 inc. 1º CP, es dar a entender o a conocer hechos. La declaración sobre hechos es “falsa”, cuando el contenido de lo declarado no coincide con la realidad.

Los hechos sobre los que se declara son acontecimientos, sucesos o situaciones del mundo exterior o interior. Hechos del mundo exterior son acontecimientos, sucesos o situaciones que se dan fuera de la mente de una persona, en tanto que hechos del mundo interior, son estados psíquicos como ser: motivos, convencimientos, conocimientos, representaciones.

Para la decisión del caso concreto era relevante la referencia a estos hechos internos para justificar la falsedad de la declaración, sin embargo, no se ha hecho una referencia directa y clara a esta circunstancia.

En relación a la nomenclatura utilizada para referirse a la forma del dolo, se utiliza la expresión “dolo de primer lugar”, sin embargo el nombre usualmente utilizado es el de dolo directo de primer grado, para hacer alusión a lo que se pretende decir en la sentencia.

4.1.2.1. Secuencia de la subsunción

Los elementos que componen la tipicidad de los tipos penales se analizan usualmente en un orden determinado por la razonabilidad.

Seguir este orden, aunque recomendable, no es necesariamente imperativo. Si es necesario, sin embargo agotar el análisis de la tipicidad objetiva, antes de comenzar el análisis del tipo subjetivo.

En el presente juzgamiento pueden encontrarse, sin embargo, consideraciones sobre la tipicidad subjetiva en medio de las consideraciones relativas a los elementos de la tipicidad objetiva.

4.1.2.2. Referencias al tipo de Apropiación

El Tribunal llegó a la conclusión de la no realización del tipo de Apropiación. Para esto afirmó que “en la apropiación no existe el engaño previo”.

Es cierto que el tipo de Apropiación no requiere una declaración falsa, pero no es correcto excluir la realización de un tipo legal en base a una consideración sobre un elemento no requerido por éste.

En el caso concreto la figura de la Apropiación no entra en consideración, ya que existió con la entrega del dinero (billetes) una transferencia de la propiedad sobre los mismos. Consecuentemente ya no puede hablarse de una cosa mueble ajena.

Se afirma en otro orden de ideas que en la Apropiación la posesión de la cosa es originariamente lícita.

Esta afirmación no se adecua a los requerimientos del Art. 160 inc. 1° CP. Puede apreciarse nuevamente la posible influencia de literatura referida a un derecho positivo distinto al nuestro. Nuestra disposición referente a la Apropiación no hace ninguna distinción al respecto.

4.2. W M P y otros s/ Hechos punibles contra la Administración Pública y Enriquecimiento ilícito

4.2.1. Generalidades

El juzgamiento, a los efectos del presente material, se analiza independientemente de la discusión existente sobre la constitucionalidad del tipo de Enriquecimiento ilícito.

4.2.2. Reconocimiento y definición de elementos típicos

En el fallo que se examina existe una mención a los elementos del tipo en cuestión, pero puede notarse una falta de concretización de los mismos. Solo se define el elemento “funcionario”.

En el fallo se encuentran expresiones como “se verifica una desproporción entre lo que [el acusado] percibió y lo que utilizó”, “la adquisición de los bienes (...) y lo citado como disponibilidad son (...) incongruentes”, “acrecentó su patrimonio en forma desmedida”, etc.

Todas estas referencias necesitan precisión, ya que no informan sobre ningún criterio para establecer a partir de qué momento existe una desproporción, o una incongruencia o partir de qué momento un acrecentamiento es desmedido.

Todo es necesario a fin de precisar el elemento “sobrepase sus legítimas posibilidades económicas”.

4.3. M E C s/ Estafa y Lesión de confianza (Liquidación y Sentencia)

4.3.1. Generalidades

Para el análisis del presente juzgamiento, vale lo expresado en el punto II en relación a los elementos de la Lesión de confianza.

En lo pertinente deben adecuarse los elementos a verificar atendiendo a la estructura del tipo de omisión: a) posición de garante, b) situación típica, c) perjuicio patrimonial, d) ausencia de la acción mandada, e) capacidad de realizar la acción ausente: conocer por seguro o posible la situación típica y la posición de garante, f) conocer o tener la capacidad

de conocer la vía y la acción para evitar el resultado. Debe establecerse también que la acción omitida hubiera evitado el perjuicio, g) posibilidad física y real de realizar la acción conocida o conocible. Es decir, la existencia de medios físicos reales que permitan la realización de la acción.

4.3.2. Reconocimiento y definición de elementos típicos

En general existe una mención a los elementos que componen la tipicidad y se mencionan en el punto precedente, puede apreciarse sin embargo la ausencia de una concretización en la conceptualización de los mismos.

Las peculiaridades del caso determinan la especial necesidad de explicar cuales son los presupuestos que determinan la posición de garante, el deber de realizar la acción ausente y de hacer explícito el motivo por el cual se aprecia el perjuicio.

4.4. E G B s/ Lesión de confianza y Producción de documentos no auténticos

4.4.1 Generalidades

Con relación a éste juzgamiento vale tener presente lo afirmado con respecto a los elementos que componen la tipicidad de la Lesión de confianza en el punto II, y en especial, las consideraciones referidas a la posición de garante.

4.4.2. Reconocimiento y conceptualización de los elementos típicos

En la solución del caso concreto el tribunal reconoce y enuncia los elementos que componen el tipo de Lesión de confianza. Sin embargo, no ocurre lo propio con el tipo de Producción de documentos no auténticos.

El tribunal aprecia en el autor la cualidad objetiva requerida, afirmando que esta le corresponde por su cualidad de administrador.

No se hace mención, sin embargo, a los presupuestos concretos que fundan la obligación de proteger un interés patrimonial ajeno, que fueron enunciados en el punto II.

Por lo demás tampoco existe una conceptualización de los demás elementos.

4.5. C A V s/ Cohecho pasivo

4.5.1. Generalidades

El artículo 300 inciso 1º establece varios tipos penales. La condición de funcionario está establecida como cualidad objetiva del autor en cada uno de ellos. Las conductas previstas son: Solicitar un beneficio a cambio del servicio que haya realizado o que realizará en el futuro; Dejarse prometer un beneficio a cambio del servicio que haya realizado o que realizará en el futuro; Aceptar un beneficio a cambio del servicio que haya realizado o que realizará en el futuro.

El tipo subjetivo admite el dolo eventual.

4.5.2. Reconocimiento y definición de los elementos típicos

En la decisión el tribunal reconoce y hace mención de los elementos que conforman el tipo de cohecho pasivo.

No define qué entiende por beneficio, ventaja o provecho. Indica que éstos no deben necesariamente ser “material-económico”, pero sin indicar que otra naturaleza estos pueden llegar a poseer.

Se hace indicación que el tipo abarca lo que puede denominarse, con basamento en la dogmática referida al tipo de Estafa, cohecho en triángulo, lo que sin embargo es irrelevante para la solución del caso concreto.

Se reconoce como un elemento del tipo lo que puede denominarse “acuerdo de injusto”, pero no se precisan sus contornos.

Se hace mención a que el acusado finalmente no aceptó el beneficio y que “esta circunstancia no constituye un elemento objetivo del tipo”.

Esta afirmación no se corresponde con la realidad y basta una simple lectura del tipo legal para constarlo. Lo que sí se corresponde con la realidad es que el tipo se consuma ya con solicitar el beneficio o cuando el funcionario se lo deja prometer.

4.5.3. Desistimiento

El tribunal procede a dividir el análisis atendiendo a cada uno de los presupuestos de la punibilidad. En este sentido son incluidos subtítulos.

Sin embargo, no se respeta íntegramente el contenido temático del análisis pues, en el marco del análisis de la tipicidad, se encuentran consideraciones relativas al desistimiento. Estas consideraciones no corresponden en el análisis de la tipicidad, sino que pertenecen al objeto de análisis contenido a nivel del cuarto presupuesto de punibilidad.

4.6. G C D s/ Quebrantamiento del depósito

4.6.1. Generalidades

El artículo 298 inciso 1º establece varios tipos penales. Las conductas previstas son: Destruir total o parcialmente docu-

mentos u otras cosas muebles que se encuentran en custodia oficial o que hayan sido confiados a la guarda del autor o de un tercero; Dañar documentos u otras cosas muebles que se encuentran en custodia oficial o que hayan sido confiados a la guarda del autor o de un tercero; Inutilizar total o parcialmente documentos u otras cosas muebles que se encuentran en custodia oficial o que hayan sido confiados a la guarda del autor o de un tercero; Sustraer total o parcialmente de la disposición oficial documentos u otras cosas muebles que se encuentran en custodia oficial o que hayan sido confiados a la guarda del autor o de un tercero.

El inciso 2º establece que la entrega de la cosa en confianza a un funcionario público o que le hubiera sido accesible en dicha calidad, agrava la conducta realizada cuando se subsume en los elementos previstos en el inciso 1º.

El tipo subjetivo admite el dolo eventual.

4.6.2. Reconocimiento y definición de los elementos típicos

En el presente juzgamiento se han señalado los elementos que hacen a la tipicidad, y se han realizado propuestas interpretativas de algunos de ellos.

En este sentido se ha propuesto, por ejemplo, una definición de “custodia oficial”. Se ha expresado que “...por custodia oficial debe entenderse aquella orden que dimana de la autoridad del Estado de guardar con cuidado y vigilancia ciertas cosas, dentro de un ámbito cerrado, es decir con restricción de acceso”.

No se explicitan los argumentos que determinaron la referida conceptualización, aunque es importante y necesario proponer definiciones.

La misma puede ser objeto de algunas objeciones, pero puede servir de base a una conceptualización que sirva para la solución de un número considerable de casos.

No resulta muy convincente que la custodia oficial sea equivalente a una “orden”. La custodia, ya desde un aspecto lingüístico, hace referencia a un estado, más precisamente, a la posesión (en este caso de documentos o cosas muebles) por parte de una autoridad. Este “estado” si puede estar motivado por una orden.

Que las cosas se mantengan en lugares cerrados, no es propiamente esencial, sino más bien que las mismas sean preservadas de un acceso no autorizado.

En el presente caso se imputa al encausado la realización del hecho punible en una hipótesis de omisión.

Puede, en este sentido, notarse mucha dificultad en precisar cual es la conducta concreta que está ausente, es decir, que no se ha realizado. Se habla en la resolución que debieron realizarse “medidas urgentes para la conservación...”, que se debió modificar “...la forma de custodia...”, se debió dictar “reglas al personal”, pero no se concreta cual es la medida, cual es la forma de custodia, y cuales son las reglas que debieron dictarse.

La única concretización que se menciona es la ausencia de la realización de un inventario. Ahora bien, que omitir realizar un inventario de una cosa, sea equivalente (en el caso concreto) a su sustracción no resulta muy convincente.

4.7. K H T y otra s/ Hechos punibles de Violación del derecho de autor

4.7.1. Generalidades

En la Resolución analizada, se consideró no probados hechos

relevantes para el análisis de tipicidad, por no haberse realizado pericias de autenticidad de productos.

4.7.2. Reconocimiento y definición de los elementos típicos

En lo atinente a los elementos que componen la tipicidad de hechos punibles que entran en consideración, existe una enunciación de ellos sin que se realice una conceptualización de los mismos.

4.7.3. Medios de prueba

En la decisión objeto de estudio el tribunal toma la determinación de absolver a los acusados en razón de que entiende que no existen pericias practicadas en concordancia con las reglas que garantizan su credibilidad, su coherencia con los derechos de defensa, y su coherencia con el principio de oralidad.

El tribunal entiende como decisivo este medio de prueba para acreditar la autenticidad o no de los productos, no obstante, no hace ninguna consideración de cómo debe entenderse en este contexto el principio de la libertad probatoria.

4.8. Causa M L M y otros s/ Lesión de confianza.

4.8.1. Generalidades

Para el análisis del presente juzgamiento, vale lo expresado anteriormente en relación con los elementos objetivos y subjetivos del tipo penal de Lesión de confianza.

4.8.2. Reconocimiento y definición de los elementos típicos

El Tribunal de Sentencia, realiza el análisis del perjuicio patrimonial en forma correcta, aunque no llega a conceptuali-

zar correctamente los supuestos que deben concurrir para su configuración.

A este respecto, afirma:

“... Al respecto para el Tribunal ha quedado claro que al otorgar el préstamo en las condiciones señaladas, sin ninguna garantía que asegure su retorno, ya se produjo el daño patrimonial. Los miembros del consejo de administración sabían en todo momento que el capital desembolsado no tenía la menor posibilidad de retorno, pues a parte de la falta de garantía, el banco estaba ante una inminente intervención y por lo tanto sin ninguna posibilidad de recuperar el dinero. Esto lo advertía en su informe... Destinar dinero en estas condiciones era previsible que nunca retorne en su totalidad al ...”.

Del razonamiento se infiere, aunque resultaría sumamente importante referirlo, que la situación patrimonial de la institución varió negativamente con posterioridad al préstamo, ya que, antes de su otorgamiento, la institución tenía la disponibilidad de los fondos y, posteriormente, la institución pasó a tener un crédito contra una entidad en inminente estado de intervención y sin garantía, lo que implica una disminución del valor del patrimonio (se cambia un activo disponible por un crédito de escaso valor).

En lo que al análisis del dolo respecta, lo presentan como conocimiento y voluntad. Sin embargo, en varias partes de la argumentación, centran el conocimiento en disposiciones normativas, como relevante para la configuración del dolo.

Así, se presentan argumentos tales como:

- *“Conforme se dijo precedentemente el dolo se halla presente en la conducta de los mismos. Para el Tribunal quedó probado que los Señores M L M, A B, S M M D S, D N F, N*

M N Y V P M, conocían que estaban incumpliendo la ley que les fue encomendada a ejecutar... ”.

- “En el análisis referente al elemento subjetivo del tipo, el Tribunal concluye que los hoy acusados Señores: M L M, A B, S M M D S, D N F, N M N Y V P M, desde el momento que juraron y tomaron posesión de sus cargos como Miembros del Consejo de Administración de... y el último como síndico, han procedido a tener conocimiento de las funciones y atribuciones inherentes al cargo, y en consecuencia han pasado a responder tal cual lo exige la Ley Orgánica de dicha Institución por las acciones u omisiones que ejercen en el uso de sus atribuciones regladas. Los hoy acusados conocían los alcances de la Ley Orgánica N° Especialmente conocían lo que disponen el art. 27 y 28 de dicha ley.. . Por lo tanto con conocimiento y voluntad otorgaron los créditos. El síndico conocía no solo la carta orgánica, sino la ley de la Contraloría y especialmente la Resolución N°.... ”.

En un apartado, relacionan al dolo y a un análisis sobre la ausencia de dolo (conocimiento) con el error de prohibición:

- Si el autor no alcanza el conocimiento del deber a pesar del conocimiento de la norma, entonces, se plantea con ello lo relativo al error de prohibición y su eventualidad, para los Miembros del Tribunal, los señores M L M, A B, S M M D S, D N F, N M N Y V P M, al suscribir las arrojadas de concepción del crédito al Banco... han tenido conocimiento de las numerosas deficiencias que tenía el Banco... A pesar de este conocimiento observaron como probable el hecho de que la realización de su acción produzca el resultado previsto y a pesar de ello, el posible daño patrimonial al activo del ... le fue indiferente.

El dolo no se refiere al conocimiento de la prohibición de la conducta realizada, sino a los elementos objetivos del tipo, que

son predominantemente fácticos. Es decir, a los hechos que, en su conjunto, configuran la tipicidad objetiva.

Entonces, cuando se hace referencia al tipo subjetivo de Lesión de confianza, el análisis del conocimiento debe versar en la conciencia del autor de los hechos que indican la existencia de un patrimonio, de un perjuicio en el patrimonio, del nexo causal entre su conducta y el perjuicio y de su situación jurídica que lo ubica como garante de intereses patrimoniales de otro, así como de que se encuentra actuando dentro del ámbito de sus atribuciones.

En la parte final del último párrafo transcrito, puede verse que el análisis del elemento cognitivo del dolo se dirige a situaciones fácticas que hacen a la tipicidad objetiva, ya que hablan del conocimiento de las deficiencias del banco al momento de otorgar los créditos a dicha entidad, complementando su análisis con la referencia al conocimiento de la probabilidad de un “posible daño patrimonial” a la institución.

Concluyeron que el conocimiento de lo que “posiblemente” iba a pasar (daño patrimonial a la institución) y aceptarlo, indica la configuración de “dolo eventual”.

4.9. Causa: “C R G C s/ Estafa”

4.9.1. Generalidades

Para el análisis del presente juzgamiento, vale lo expresado anteriormente con relación a los elementos de la Estafa.

4.9.2. Reconocimiento y definición de los elementos típicos

Para afirmar la configuración del tipo penal de Estafa, se afirmó que ha habido engaño, ardid y la puesta en marcha de una máquina engañosa y daño a la víctima. La terminología

utilizada no corresponde a los elementos del tipo penal de Estafa previsto en el Código Penal del Paraguay.

Los elementos objetivos del tipo penal de Estafa son: la declaración falsa sobre un hecho, un error, un acto de disposición y el perjuicio al patrimonio de otro.

Todos estos elementos deben estar vinculados causalmente en el orden enunciado, en el sentido de que el perjuicio debe ser inmediata consecuencia de un acto de disposición. El acto de disposición debe ser causado por un error, y éste a su vez debe ser determinado por el autor mediante una declaración falsa sobre uno o más hechos.

Si bien, en la sentencia, se dedican 5 párrafos para afirmar que se han demostrado los elementos objetivos y subjetivos de la Estafa, no se enuncia claramente ninguno de ellos.

El único dato fáctico presentado en el análisis de subsunción ha sido que el autor ha emitido un cheque contra una cuenta que se encontraba cancelada y cuyo titular había sido una empresa con la que el autor ya no habría tenido vinculación, al momento del libramiento.

El hecho referido, sería la conducta que se subsumiría en el elemento: declaración falsa sobre un hecho. Sin embargo, no se ha descrito el hecho indicador del error en la víctima, ni el acto de disposición patrimonial que se hubiera realizado como consecuencia del error ni el perjuicio patrimonial que hubiera sufrido la víctima como consecuencia de la disposición patrimonial que hubiera realizado como consecuencia de su error.

Llamativo resulta que el órgano jurisdiccional afirmó que: “Por hechos no sólo deben entenderse los acontecimientos del pasado o el presente, sino también, los que ocurrirán en el futuro”.

Cuando el Código Penal hace referencia a “declaración falsa sobre un hecho” se hace referencia a hecho presente o pasado, ya que sólo puede ser verdadero o falso, o lo que es lo mismo, real o no, aquello que existe o existió. Al no existir un “hecho futuro”, no puede ser jamás “verdadero o falso”. Consecuentemente, no resulta posible la existencia de una “declaración falsa sobre un hecho futuro”.

Cuando menciona al dolo, afirma que consiste en lo que denomina “dolo de mentir sobre circunstancias fácticas...”. A este respecto, cabe decir que el dolo en la estafa, no significa sólo la conciencia y voluntad con respecto a la declaración falsa sobre el hecho, sino además, sobre el error, la disposición y el perjuicio patrimonial. Tampoco se ha realizado un análisis fáctico de la configuración del dolo.

Se establece que, además del dolo, se requiere del elemento subjetivo adicional: intención de obtener un beneficio patrimonial indebido. Sin embargo, no se ha realizado un análisis fáctico de la configuración de dicho elemento.

4.10. CAUSA: A M M s/ Lavado de dinero y otros.

4.10.1. Generalidades

A pesar de la carátula del expediente, se juzgó y condenó a un acusado por el hecho punible de uso de documento público de contenido falso. En la sentencia no entró en consideración el tipo penal de Lavado de dinero.

El artículo 252 tipifica la conducta de usar un documento o archivo de datos públicos de contenido falso.

Para completar la tipicidad objetiva del artículo 252, debe remitirse al artículo 250, en lo que respecta a lo que debe entenderse por documento o archivo de datos.

A su vez, la definición de documento, a los efectos del Código Penal, se encuentra en el artículo 246 inciso 2º numeral 1.

En lo que al elemento subjetivo se refiere, el tipo penal requiere dolo y admite el dolo eventual. Además, se requiere la configuración del elemento subjetivo adicional: intención de inducir al error.

4.10.2. Reconocimiento y definición de los elementos típicos

De la exposición de hechos surge que una persona realizó declaraciones falsas sobre hechos que fueron registrados en documentos y archivos de la Policía Nacional, de cuya consecuencia, se expidió a nombre del mismo, dos cédulas de identidad con datos falsos con respecto a su identidad. Además, previamente, también declaró datos falsos sobre su identidad a la Dirección de Migraciones, la que expidió un documento de admisión permanente, con datos falsos sobre su identidad.

Posteriormente, los documentos con datos falsos fueron utilizados por el acusado, en varias transacciones civiles y comerciales.

Luego de realizar un relato genérico con respecto a los hechos, el órgano jurisdiccional afirma que “surge con meridian claridad la utilización por parte del acusado... de identidades que no le correspondían, logrando con ello celebrar numerosos actos jurídicos incluso contraer nupcias...”.

Concluyó que el mismo participó en el hecho punible de uso de documentos públicos de contenido falso.

Al analizar los elementos del tipo penal, no han citado todos los elementos objetivos del tipo. Señalaron a los documentos de identidad como el “objeto material del hecho” afirmando que son auténticos, pero con datos falsos. Afirmaron que los

referidos documentos han sido usados en diversos actos jurídicos y que con los mismos se indujo a otros en error ya que no acreditaban la verdadera identidad de quien los utilizó.

Al realizar el análisis de subsunción, no se ha descripto cada uno de los actos jurídicos en los que se ha utilizado los documentos con datos falsos, ya que, por cada hecho, debe realizarse el análisis de subsunción, a los efectos de verificar si la información fáctica se subsume en cada uno de los elementos del tipo penal.

El tipo penal previsto en el artículo 252 del Código Penal hace una remisión a la definición de documento o archivo señalados en el artículo 250. Sin embargo, en la sentencia, no se hace alusión a elementos previstos en el artículo 250 del Código Penal.

Al realizarse el análisis del tipo subjetivo, se afirma que el acusado “tuvo conocimiento y voluntad para advertir que la utilización de identidades falsas estaba induciendo a error a las personas que celebraban con él los actos jurídicos...”.

El análisis del dolo implica verificar si se encuentra probado que quien ha realizado los elementos objetivos del tipo legal, tenía conocimiento de los hechos que se subsumen en cada uno de ellos, lo cual no ha ocurrido en el caso de la sentencia analizada.

Además, el tipo legal prevé un elemento subjetivo adicional, cual es la intención de inducir al error. No se ha analizado este elemento en la resolución, aunque se lo ha mencionado como un hecho “se ha inducido al error” en el apartado del análisis de los elementos objetivos del tipo penal.

Se señala en la sentencia que el acusado ha realizado declaraciones falsas sobre su identidad en varios actos jurídicos, utilizando cédulas de identidad con datos falsos, entre ellos,

su enlace matrimonial, lo que indica que, al menos en ese acto, realizó afirmaciones falsas sobre hechos -su identidad - que fueron asentados en documentos públicos.

Lo referido en el párrafo anterior indicaría la realización del hecho punible previsto en el artículo 251 del Código Penal. No obstante, no fue analizado en la resolución, quizás, por una cuestión de prescripción de la sanción penal, tal como aparentemente ocurrió con los hechos de presentación de datos falsos en la Dirección de Identificaciones y la Dirección de Migraciones, para lograr la emisión y obtención de cédulas de identidad y documento de admisión permanente con datos falsos sobre la identidad del acusado. Hechos que, según se relata en la sentencia, habrían ocurrido más de 15 años antes de dictarse la sentencia analizada.

4.11. Causa: “C C y otros s/ Apropiación y otros”

4.11.1. Generalidades

Para el análisis del presente juzgamiento, vale lo expresado anteriormente en relación con los elementos objetivos y subjetivos de los tipos penales de Apropiación y de Lesión de confianza.

4.11.2. Reconocimiento y definición de los elementos típicos

Se afirma que se ha demostrado un hecho de apropiación. Si bien se ha transcrito el artículo 160 del Código Penal, no se realiza una descripción y consecuente reconocimiento de cada uno de sus elementos.

La tipicidad objetiva de la apropiación requiere la existencia de una cosa mueble. Que la cosa mueble sea ajena. Que el autor desplace al propietario en los derechos que le corresponden sobre la misma para reemplazarlo por sí o por un tercero.

En el análisis de la tipicidad, el órgano jurisdiccional afirma que: “...ha habido un desplazamiento en el ejercicio de sus derechos en calidad de socio propietario del 10 % de las acciones de la empresa...”.

En ninguna parte de la sentencia se explica cuál es la cosa mueble que fue objeto de apropiación por parte del autor. Es posible que la cosa mueble sean documentos que instrumentan las acciones. Sin embargo, no se ha afirmado que esto fuera así.

En otra parte del análisis de tipicidad de la apropiación, se afirma que el autor ha ocasionado un perjuicio patrimonial grave a la víctima. El perjuicio patrimonial no es un elemento del tipo penal de apropiación. Por dicha razón, su análisis es irrelevante a los efectos de verificar la subsunción de hechos en el tipo penal de apropiación.

El órgano jurisdiccional afirma que se ha demostrado la realización del hecho punible de Lesión de confianza.

No se realiza una descripción y consecuente reconocimiento de cada uno de los elementos del tipo penal de Lesión de confianza.

El tipo objetivo de la Lesión de confianza requiere la causación de un perjuicio patrimonial a otro, es decir, requiere la existencia de un patrimonio ajeno (objeto), un perjuicio a este último (resultado) y la vinculación causal entre el autor y el perjuicio (causalidad).

Se requiere también una cualidad objetiva en el autor. Éste debe poseer la obligación de proteger el interés patrimonial ajeno. Por este motivo la Lesión de confianza representa un hecho punible especial (propio), es decir, sólo puede ser autor del hecho, quien posee la especial cualidad requerida por

el tipo. Aquellas personas que no poseen ésta cualidad, solo pueden ser, eventualmente, partícipes.

El tipo subjetivo requiere dolo. En este sentido basta la concurrencia de dolo eventual.

El órgano jurisdiccional afirma que una persona jurídica ha sufrido un daño patrimonial cuantificado por un perito contable, a la fecha de culminación de sus actividades y que dicho perjuicio se ha debido a que “la empresa ha pagado un costo muy alto a través de malas operaciones realizadas por el mismo y por el directorio...”.

En una parte refiere que el acusado respondió a deudas propias con fondos pertenecientes a la sociedad.

La descripción de los hechos en el análisis de subsunción, debe ser precisa. Debe darse contenido fáctico a cada uno de los elementos del tipo objetivo que se analiza.

Ello no ha ocurrido en el caso de la sentencia analizada. No se ha individualizado cada uno de los hechos que generaron el perjuicio al patrimonio a la empresa. Se han presentado, en forma excesivamente genérica, dos modelos de circunstancias fácticas a través de las cuales se considera que el perjuicio se habría configurado: costo elevado por operaciones y pagos de deudas que no correspondían a la empresa.

El análisis de tipicidad debe realizarse por cada grupo de porciones fácticas que se subsume en cada elemento del tipo penal. En el caso que nos ocupa, correspondía describir y explicar concretamente el desembolso que se habría realizado con fondos de la empresa para el pago de obligaciones que no le correspondían, explicando quién dispuso el desembolso, cuándo lo hizo, cuándo se concretó, la posición de garante de quien o quienes realizaron el acto de disposición

y explicando el destino de los fondos desembolsados y demostrando que no ha tenido contraprestación o que, en su caso, la contraprestación no ha tenido un valor equivalente o superior.

Similar descripción debió realizarse con respecto a cada conducta que hubiera tenido incidencia en un perjuicio patrimonial, como en los casos mencionados de pagos de costos elevados.

Debe sumarse a lo dicho que el perjuicio patrimonial ha sido el único elemento con respecto al cual se ha intentado realizar un ejercicio de subsunción. No se ha realizado similar tarea con respecto a los demás elementos objetivos del tipo penal de Lesión de confianza ni con respecto al dolo requerido para su configuración.

4.12. Causa: “I R R P y otro s/ Estafa”

4.12.1. Generalidades

Para el análisis del presente juzgamiento, vale lo expresado anteriormente en relación con los elementos objetivos y subjetivos del tipo penal de Estafa.

4.12.2. Reconocimiento y definición de los elementos típicos

Uno de los magistrados del Tribunal de Sentencia, votó en disidencia con respecto a la mayoría y concluyó que no se encontraban reunidos los presupuestos de la tipicidad del hecho punible de Estafa en el caso juzgado.

En el análisis realizado, describe los elementos objetivos y consecuentemente, los reconoce. No obstante, la descripción de cada uno de ellos y su análisis no resultan correctos.

Con respecto al elemento “declaración falsa”, afirma que se trata de un elemento intelectual o inmaterial...“ La declaración es dar a entender hechos. Se trata de un elemento objetivo, razón por la cual, debe plasmarse en acciones que no se limiten meramente a una actividad intelectual.

Concluye el magistrado que no ha existido declaración falsa porque la supuesta víctima es una persona de basta experiencia en la materia objeto del acuerdo, que difícilmente pudiera ser víctima de engaño.

A este respecto debe decirse que el Código Penal paraguayo establece como uno de los elementos de la tipicidad de la Estafa, la declaración falsa sobre un hecho. Y para determinar su configuración, debe verificarse si ha existido algún hecho que pudiera calificarse como tal. No es relevante para el análisis de este elemento, la posibilidad de que el receptor de la declaración falsa sobre hechos, tuviera o no experiencia para resultar o no engañado por la misma.

Luego de concluir que no se ha configurado el elemento de “declaración falsa” (sobre un hecho), continúa realizando el análisis para descartar que se hubiera configurado alguno de los demás elementos objetivos del tipo penal de Estafa.

En este punto, vale decir que para que una conducta sea típica, deben configurarse todos los elementos del tipo penal. Si uno de ellos no se configura, ya debe descartarse la tipicidad y, consecuentemente, resulta innecesario continuar con el análisis.

Como el análisis de los elementos objetivos del tipo penal de Estafa continuó, luego de descartarse la configuración de perjuicio en el patrimonio de la supuesta víctima, se pasó al análisis de la causalidad. Esto es un contrasentido ya que, luego de concluirse que no se configuró un perjuicio patri-

monial, se analiza si el perjuicio patrimonial (que no existió, según el análisis) fue causado por la conducta del acusado.

Luego de concluirse que ninguno de los elementos objetivos del tipo penal se ha configurado, se pasó al análisis de la configuración de elementos del tipo subjetivo: dolo e intención de obtención de un beneficio patrimonial indebido.

Los elementos subjetivos del tipo penal sólo pueden configurarse si se han configurado todos y cada uno de los elementos objetivos del tipo, ya que se encuentran en función de ellos. Resulta contradictorio concluir que no se ha configurado el tipo objetivo y verificar si el autor ha actuado con conciencia de la existencia de elementos fácticos cuya existencia se ha negado previamente.

Por otro lado, el Tribunal, en mayoría, concluyó que la conducta del acusado resultó típica de Estafa.

El Tribunal en mayoría cita los elementos objetivos y subjetivos del tipo penal y, por lo tanto, los reconoce en cuanto a su enunciación. No obstante, analiza el elemento subjetivo “intención de obtener un beneficio patrimonial indebido” bajo el título de análisis de los elementos objetivos del tipo y se limita al análisis de la existencia de dolo, bajo la enunciación de la realización de un análisis del elemento subjetivo del tipo.

Para el efecto, se argumentó que existió una declaración falsa sobre un hecho, porque acusados y supuesta víctima suscribieron un contrato compra venta de radio emisora y los acusados no informaron al comprador que la ley establece que es nulo cualquier contrato de transferencia de concesiones, licencias o autorizaciones sin la previa autorización de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones.

Esto, no obstante que en el contrato se estableció una cláusula a través de la cual, los vendedores y acusados se comprometieron a gestionar y conseguir la autorización del ente regulador.

Afirmó el Tribunal, en mayoría, que el no advertir al comprador que la ley establece el referido requisito, es una omisión que se equipara a la acción de declarar falsamente sobre un hecho.

Ciertos doctrinarios suelen afirmar que la omisión de proporcionar información fáctica podría equipararse a la declaración falsa sobre hechos, cuando existe una norma que obliga a la persona a presentar dicha información fáctica a la otra persona. En el caso que nos ocupa, no se cita la norma que supuestamente obligó a los acusados a brindar la información supuestamente omitida.

En el presente caso, ni siquiera se afirma que, quienes omitieron informar de la existencia y contenido de la norma a la supuesta víctima, conocieran de la existencia de dicha norma.

Asimismo, la declaración falsa sobre un hecho, debe ser causal de un error. El error, siguiendo el razonamiento del Tribunal de Sentencia en mayoría, debió estar relacionado con el dato fáctico que fue omitido. Es decir, la supuesta víctima debió ignorar la existencia de una norma que establece la nulidad del contrato de transferencia de concesión o licencia y esto debió ser afirmado y considerado demostrado por el órgano juzgador. Esto no se ha realizado en la sentencia analizada.

4.13. Causa: “F M G N y otros s/ Apropiación y Estafa”

4.13.1. Generalidades

Para el análisis del presente juzgamiento, vale lo expresado anteriormente en relación con los elementos objetivos y subjetivos del tipo penal de Apropiación.

4.13.2. Reconocimiento y definición de los elementos típicos

El Tribunal no describe los elementos objetivos del tipo penal de Apropiación y, además, afirma que el bien jurídico protegido por el tipo de Apropiación es el patrimonio de las personas. Esto no es correcto, como se explica más adelante.

El órgano jurisdiccional afirmó que se demostró que el acusado recibió un cheque de parte de una persona que se lo entregó en confianza, con el encargo de realizar un descuento bancario con el mismo, a los efectos de que le entregara el dinero que se le diera en el banco como contraprestación de la recepción del cheque.

Sin embargo, el dinero recibido del Banco como contraprestación por el descuento del cheque, el acusado se lo entregó a otra persona y no a quien le había entregado el cheque.

El órgano jurisdiccional concluyó que al entregar el “beneficio patrimonial producto del descuento bancario a otra persona” se produjo un perjuicio patrimonial para la víctima.

Afirmó que se lesionó el bien jurídico protegido que, en este caso, es el patrimonio de las personas. En este punto es relevante mencionar que el tipo de apropiación no tutela el bien jurídico patrimonio de las personas, sino el derecho de propiedad o, más precisamente, las atribuciones que el derecho de propiedad otorga al dueño de una cosa mueble.

En atención a ello, tampoco es un elemento de la tipicidad de la apropiación, el “perjuicio patrimonial”. Por dicho motivo, no es relevante analizar la existencia de perjuicio patrimonial, para determinar la existencia de los elementos objetivos del tipo penal de apropiación.

En doctrina, existe la posibilidad de que la apropiación se configure con la utilización del valor de la cosa, como por

ejemplo, el caso del uso de una tarjeta telefónica para hacer llamadas desde un teléfono público. En el caso de la sentencia analizada, no se explica si se ha considerado que el uso del cheque hubiera sido considerado un aprovechamiento de su valor.

4.14. Causa “H O G y otros s/ Lesión de confianza y otros”

4.14.1. Generalidades

En Resolución de Primera Instancia se resolvió condenar a dos funcionarios de la Dirección General de Aduanas⁷ por los hechos punibles de Lesión de confianza, APROPIACIÓN, EXACCIÓN Y ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO, y a sus cónyuges por los hechos punibles de ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO Y LAVADO DE DINERO. Además fue absuelto como participante del hecho punible de Apropiación un acusado.

En cuanto a los elementos de los tipos penales de Lesión de confianza y Apropiación, los mismos ya fueron desarrollados anteriormente, remitiéndonos en consecuencia a ese apartado en particular.

La Exacción está prevista en el art. 312 del Código Penal. Se trata de un delito, pues tiene un marco penal de hasta cinco años de pena privativa de libertad o multa. Si bien con anterioridad a la ley 3440 su marco penal era de diez años o multa y por ello era un crimen⁸. Prevé la tentativa (inc. 2°).

En el tipo objetivo se requiere: Una cualidad especial en el autor: funcionario con facultades de recaudación de tributos y la realización de alguna de las conductas de los numerales 1 al

⁷ Denominación que tenía anteriormente la actual Dirección Nacional de Aduanas.

⁸ No se debe perder de vista que este marco provendría de hecho de un error.

3 que describen 4 tipos distintos: recaudar sumas no debidas (num. 1); no entregar la totalidad de lo recaudado a la caja pública (num. 2); no entregar parte de lo recaudado a la caja pública (num. 2); efectuar descuentos indebidos (num. 3).

En cuanto al tipo subjetivo, se requiere un Dolo Directo de Segundo Grado o uno de Primer Grado, en la variante de seguro y anhela⁹. El legislador enuncia esto con el término “a sabiendas” que hace al aspecto cognitivo del “dolo” e implica tener por segura la concurrencia de los elementos objetivos del tipo.

El Lavado de dinero se encuentra previsto en el art. 196 del Código Penal. Se trata de un delito, pues su marco penal es de hasta cinco años de pena privativa de libertad o multa. También se castiga la tentativa (inc. 3°).

En el tipo objetivo se pueden advertir los siguientes elementos: Un objeto proveniente de un hecho antijurídico, ahora bien, no se trata de cualquier hecho antijurídico, sino debe ser de algunos de los enumerados en el catálogo que establece el mismo artículo¹⁰. Las conductas típicas, respecto del objeto, son: ocultarlo; disimular su procedencia; frustrar el conocimiento de su procedencia o su ubicación o su hallazgo o su comiso o su comiso especial o su secuestro; peligrar el conocimiento de su procedencia o su ubicación o su hallazgo o su comiso o su comiso especial o su secuestro; obtener; guardar o utilizar (para sí o para otro).

El tipo subjetivo requiere dolo, al menos eventual. Aunque en el inc. 5° se prevé también la negligencia grave, aunque sólo con relación al conocimiento del origen del objeto.

⁹ Ver págs. 20 a la 22.

¹⁰ El referido catálogo fue ampliado con la ley 3440, aunque se debe destacar que al momento del hecho aún no se encontraba vigente la misma.

En el inciso 4° se establece casos de agravación. Requiriéndose circunstancias típicas objetivas. Por un lado, *actuar comercialmente* y por otro, actuar como miembro de una banda conformada para el efecto.

Con respecto al tipo penal de Enriquecimiento ilícito, se encuentra previsto en la ley especial 2523/2004. Establece la cualidad objetiva para el autor de cumplir una función pública, o tener facultades de uso, custodia, administración o explotación de fondos, servicios o bienes públicos, cualquiera sea la denominación del cargo, o su forma de elección o contratación.

Entre las conductas descriptas, se encuentran las de “haber obtenido” la propiedad, o el usufructo de bienes, derechos o servicios, cuyo valor de adquisición, posesión o usufructo sobrepase sus legítimas posibilidades económicas, y los de su cónyuge o conviviente y “haber cancelado” deuda o extinguido obligaciones que afectan su patrimonio, el de su cónyuge o conviviente, y sus parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y de afinidad, en condiciones que sobrepasen sus legítimas posibilidades económicas.

Las conductas deben haberse realizado con posterioridad al inicio de la función pública.

Por aplicación de las reglas de la parte general del Código Penal, se requiere dolo para la configuración de la tipicidad subjetiva. Basta con el dolo eventual.

4.14.2. Reconocimiento y definición de elementos típicos

Conforme a la sentencia, el Tribunal consideró probado que el cajero y el jefe de caja de la Dirección General de Aduanas, percibieron sumas de dinero en concepto de gravámenes aduaneros y no rindieron ni entregaron estas sumas a la caja pública.

Los hechos punibles precedentes al Lavado consistieron en los mismos por los cuales se les ha condenado a los autores por el ejercicio irregular de sus funciones en el Sistema Informático de Aduanas, en cuanto a la forma de Lavado de dinero, los autores realizaron actividades comerciales, tales como la compra de bienes inmuebles así como la compra venta de productos agrícolas.

Según el Tribunal, se ha demostrado en juicio que la esposa del cajero disimulaba el origen de dinero proveniente de exacciones y enriquecimiento, al registrar a su nombre todas las adquisiciones, lo cual debido a la disolución conyugal pretendía aparentar que supuestamente no existía ningún incremento en el patrimonio del cajero. Se consideró probados hechos similares con respecto a la esposa del jefe de cajeros. Además, iniciado el proceso penal, ha transferido todos los bienes a nombre de terceros.

Con respecto al hecho punible de Exacción, la tipificación utilizada es el art. 312, inc. 1º, num. 2. En la sentencia, se identifica la calidad de funcionarios de los acusados. Pero considerando que en el numeral citado existen dos variantes (no entregar todo o no entregar parte), la sentencia no precisa cuál de ellas se considera acreditada.

No se advierte un desarrollo del tipo subjetivo, el cual, en la Exacción, se configura sólo con un dolo directo¹¹.

Con respecto al hecho punible de Apropiación, se ha citado el inc. 2º del art. 160. En el desarrollo del tipo objetivo se hizo referencia a “sumas de dinero” como el objeto, sin especificar el por que éstas son consideradas “cosas muebles”. Asimismo se señala como un hecho relevante, el cargo que ocupaban los acusados, expresando que ellos gozaban de la “confianza” del

¹¹ De primer grado en una de sus variantes (seguro y anhela) y de Segundo grado.

Estado paraguayo por ser funcionarios públicos. No se debe perder de vista que este tipo penal carece de una cualidad especial para el autor. Y cuando el mismo se refiere a la “confianza” se refiere al carácter en el cuál fue entregada la cosa. En el presente caso, no ha habido ninguna entrega de las cosas muebles a los acusados por parte del Estado.

No existe desarrollo del tipo subjetivo en cuanto a la autoría.

En el caso de la participación de un supuesto cómplice. El Tribunal absolvió considerando que no se había probado el “dolo”. Al realizar el análisis, el Tribunal ha formulado la siguiente aseveración: “...para la existencia de la complicidad es necesario SABER de que tal conducta infringe una norma legal y QUERER el resultado de la realización del delito”.

Nótese que se incluye como objeto del dolo también la valoración de los hechos como violatoria de la ley. Tal conclusión no tiene sustento en nuestro ordenamiento penal, pues del art. 18 del Código Penal se deriva que el “dolo” se refiere al conocimiento de “hechos” y no de derecho. En todo caso la reprochabilidad y no el dolo, se ocupa del conocimiento¹² del derecho según nuestro sistema penal¹³.

Además, es relevante mencionar que la complicidad como forma de participación en la realización de la apropiación también tiene su tipo objetivo, el cual no fue analizado por el Tribunal. Cabe destacar, que la concurrencia del tipo objetivo debe ser previa al análisis del dolo.

Con respecto a la Lesión de confianza, el Tribunal consideró que los acusados revisten la calidad de garante de intereses patrimoniales de la Dirección Nacional de Aduanas, directa-

¹² En realidad siquiera es el conocimiento, sino basta con la capacidad de conocer.

¹³ Art. 14, inc. 1º, num. 5.

mente, de la situación de ser funcionarios de dicha institución, sin identificar los deberes específicos que tenían en tal carácter. Asimismo cuenta con valoraciones sin contenido fáctico, como por ejemplo “defraudaron la confianza en ellos depositada”.

En la conclusión con respecto a la configuración del perjuicio patrimonial, se señala que éste se da debido a la no rendición de las sumas percibidas, sin realizar un análisis del patrimonio antes de las conductas de los acusados y después de ellas, para luego establecer si existe un déficit económicamente valorable.

No existe desarrollo del tipo subjetivo.

Con respecto al tipo de Enriquecimiento ilícito, se considera la calidad de funcionarios de los autores, así como la aclaración de que los partícipes no requieren las cualidades especiales. Además, se señala que si bien la ley especial que prevé este tipo penal no contempla la participación, ésta se rige por la Parte General de Código Penal. En la fundamentación se agrega la “no justificación” de los ingresos como un elemento del tipo. Sin embargo, tal situación no forma parte de él, como sí ocurre en otros países¹⁴.

No existe desarrollo del tipo subjetivo.

Con respecto al tipo de Lavado de dinero, se referencia la aplicación del art. 196 inc. 1º numerales 1 y 2, además del inc. 2º numerales 1 y 2¹⁵. Es decir, al menos enuncia 18 tipos penales. La sentencia desarrolla el origen del objeto. Pero luego se limita a exponer sólo la simulación de la procedencia. En cuanto al ocultamiento, la sentencia parece utilizarla ambivalentemente como un móvil de la simulación (tipo

¹⁴ Art. 268 del Código Penal de la República Argentina.

¹⁵ Versión del CP antes de la ley 3440.

subjetivo) o como una modalidad de aquella (tipo objetivo), cuando en realidad es un resultado distinto y por ende un tipo objetivo distinto.

No se desarrolla el tipo subjetivo.

4.15. Causa “Ministerio Público c/ M Z J s/ Lavado de dinero”

4.15.1. Generalidades

Para el análisis del presente juzgamiento, vale lo expresado anteriormente en relación con los elementos objetivos y subjetivos del tipo penal de Lavado de dinero.

4.15.2. Reconocimiento y definición de elementos típicos

Según el Ministerio Público, la acusada simuló la compra de un inmueble que pertenecía a otra persona ya condenada por Enriquecimiento ilícito y Lavado de dinero proveniente de actividades ilícitas de su cónyuge, quien también ya se encontraba condenado por varios hechos punibles, entre ellos, Enriquecimiento ilícito, para evitar se aplique el comiso sobre el bien.

El Tribunal formula una introducción en general sobre lo que es delito y lo que entiende por el principio de legalidad. Lo expuesto por el órgano jurisdiccional no se ajusta a lo establecido en nuestra legislación, en lo que hace relación a los presupuestos de la punibilidad¹⁶, al menos en cuanto a identificar todos sus elementos, además del orden. Así por ejemplo, se puede leer los siguientes órdenes: Antijuridicidad, tipicidad y culpabilidad.

Además se hacen afirmaciones que tampoco tienen su respaldo en el ordenamiento nacional ni en la doctrina aplicable.

¹⁶ Sobre los presupuestos de la punibilidad, ver art. 14 inc. 1° numerales 2, 4, 5 y 6 del CP.

Por ejemplo, se concibe a la omisión como la que causa un peligro para un bien jurídico. Debe aclararse que la omisión no “causa”, ya que al ser un “no hacer” no desencadena consecuencias en el mundo exterior. Además, es importante manifestar que la no evitación de un resultado, también lesiona bienes jurídicos y no sólo los pone en peligro.

En una parte de la sentencia, el Tribunal afirmó: *“ningún hecho por antijurídico ni culpable que sea podrá llegar a la categoría de delito si al mismo tiempo, no es típico o si no corresponde a la descripción contenida estrictamente en la norma penal”*.

Es claro que para que una conducta sea considerada un delito, debe ser típica, antijurídica y reprochable. Por tanto, desde el punto de vista de los elementos del hecho punible, una conducta no podría ser antijurídica y reprochable, si no es típica. Quizás, el Tribunal de Sentencia pretendió afirmar que una conducta puede ser antijurídica, por ser violatoria de una norma extra penal, como por ejemplo, por ser violatoria de una norma de orden administrativo y no encontrarse permitida en el caso concreto y también, haberse referido a una “culpabilidad” considerada en ese plano.

Finalmente, es relevante mencionar, para aclarar, que la descripción del modelo de conducta (tipicidad) no coincide con la norma penal, sino al contrario. Como ejemplo, se menciona que la norma sería “Debes absterte de matar” o, como dicen algunos “Debes no matar”. En tanto que la descripción del modelo de conducta (tipicidad) refiere: “El que matara a otro...”

En cuanto al Lavado de dinero, el Tribunal se limitó a transcribir completamente el art. 196 del CP¹⁷, para luego concluir *“la conducta atribuida a la acusada debe encuadrarse a todos y cada uno de los presupuestos exigidos en el tipo penal*

¹⁷ Según el texto vigente antes de la ley 3440.

referenciado” Esto indicaría que, para el Tribunal, Tipo penal es igual a Artículo. Tal conclusión es incorrecta¹⁸, pues en un mismo artículo pueden haber varios tipos penales. En el caso del art. 196 del Código Penal, sólo en los primeros dos incisos se advierten diez y ocho conductas distintas y por ende diez y ocho tipos penales.

El Tribunal señaló que falta el elemento “disimulara su procedencia” pues la operación de compraventa se ha hecho en una escritura pública y ella se ha inscripto en los Registros Públicos, sin contener vicio alguno.

Según los hechos acusados, la calificación que entraría en consideración es la de “peligrar el comiso de un objeto proveniente de un hecho antijurídico”, sin embargo, la discusión se basó en la licitud o no de la operación en sí, la cual desde nuestro de punto de vista no era el tema a debatir, sino cuál podría ser su consecuencia.

El Tribunal de Apelaciones decidió absolver.

4.16. Causa I M M y otros s/ Tráfico de drogas y otros

4.16.1. Generalidades

En el presente caso se dictaron condenas por Tráfico de drogas, Asociación criminal y Lavado de dinero. El análisis se limitará a lo concerniente al Lavado de dinero.

Para el análisis del presente juzgamiento, vale lo expresado anteriormente en relación con los elementos objetivos y subjetivos del tipo penal de Lavado de dinero.

¹⁸ Tipo: el modelo de conducta con que se describe un hecho penalmente sancionado, a los efectos de su tipificación (art. 14 inc. 1° num. 2).

Según la sentencia, uno de los condenados está vinculado al narcotráfico y ha realizado varias operaciones comerciales y de compra venta de inmuebles. La esposa de aquél ha hecho aportes millonarios para la creación de sociedades, además de haber tenido acreditaciones en cuenta de unos Gs. 54.000.000.000 (en 4 años).

4.16.2. Reconocimiento y definición de elementos típicos

En el desarrollo de los hechos corroborados se concluyó que los condenados tenían un patrimonio que provenía del narcotráfico.

Al realizar el análisis de subsunción, el Tribunal utiliza la primera variante (ocultar) establecida en el artículo en que se presentan los tipos de Lavado de dinero y señala a dicha conducta como el “objeto material”. Concluye que el resultado es “la frustración a la restitución de bienes”.

Asimismo, se analizó la causalidad, considerándola desde la participación de uno de los condenados en una Asociación criminal y luego se concluyó afirmando el nexo causal de ambos condenados con el resultado. Luego se decidió aplicar el tipo agravado contenido en el inc. 4° del art. 196 del CP, sobre la base que ambos cónyuges *“han unido sus fuerzas y han hecho una división de trabajo...”* . Se concluyó igualmente que existió dolo directo de primer grado.

La descomposición de los elementos del tipo objetivo no es correcta, pues el objeto material del lavado de dinero no es la conducta de ocultar, sino, justamente el objeto que proviene de un hecho antijurídico que esté descrito en el catálogo.

La frustración a la restitución de bienes es el bien jurídico protegido, pero no forma parte del tipo objetivo, por lo que se analizó un elemento que no forma parte del tipo que, consecuentemente, es irrelevante para la subsunción.

La causalidad es analizada de una manera sumamente extendida, además de incluir a dos personas en ella. La aplicación del tipo agravado (inc. 4°) carece de sustento.

5. Sentencias de Tribunales de Sentencia de Itapúa

5.1. M D M s/ Supuesto hecho de Estafa en esta ciudad

5.1.1. Generalidades

Para el análisis del presente juzgamiento, vale lo expresado anteriormente en relación con los elementos objetivos y subjetivos del tipo penal de Estafa.

5.1.2. Reconocimiento y definición de los elementos típicos

El órgano jurisdiccional describe los elementos del tipo objetivo de la Estafa. Sin embargo, no los analiza en el orden correcto y tampoco analiza la causalidad requerida para su configuración.

En el caso en estudio, el órgano jurisdiccional inicia el análisis con una conducta del acusado, consistente en una declaración instrumentada en escritura pública, a través de la cual manifestó que había destruido unos pagarés que el acusador le había entregado anteriormente.

Se afirma que está demostrado que, luego de realizar dicha declaración, el acusado negoció los pagarés y que las personas que los obtuvieron reclamaron al acusador el pago de los mismos. Por este motivo, el acusador debió pagar a quienes detentaban los pagarés. El órgano jurisdiccional afirmó que, en ese momento, se produjo el perjuicio en su patrimonio.

Sin embargo, de la lectura de la sentencia surge que el acusador había entregado al acusado, pagarés firmados por él antes de que el acusado fuera hasta una escribanía a manifestar que había destruido dichos pagarés, que aún estaban en su poder.

El acto de disposición patrimonial del acusador ocurrió en el momento en que entregó pagarés emitidos por él, al acusado. Esto, debido a que, a partir de ese momento, se obligó a pagar a quien detentara dichos pagarés, la suma de dinero instrumentada en los mismos, lo que le generó una deuda que abultó su pasivo patrimonial.

La declaración falsa sobre un hecho por parte del acusado, consistente en la declaración ante escribano público de que había destruido los pagarés recibidos, cuando que en realidad aún los conservaba, es posterior al acto de disposición patrimonial que le generó el perjuicio patrimonial.

Consecuentemente, el análisis de subsunción no es correcto, independientemente de que la disposición patrimonial realizada al emitir y entregar los pagarés, hubiera sido consecuencia de un error basado en otra declaración falsa sobre hechos, lo que no se menciona en la resolución analizada.

5.2. R E U s/ Extorsión agravada, en Hohenau

5.2.1. Generalidades

El tipo objetivo de la Extorsión requiere: el empleo de la fuerza o de una amenaza considerable; una situación de serio constreñimiento para la víctima; un acto de disposición patrimonial y un perjuicio en el patrimonio además de una vinculación causal entre cada uno de dichos elementos objetivos.

Existe una correspondencia entre la estructura de la Extorsión y la estructura de la Estafa. La diferencia radica en que en la

Extorsión el perjuicio es determinado por una coacción, en tanto que en la Estafa, por una declaración falsa.

La Extorsión se concibe sólo como conducta dolosa. Es suficiente la concurrencia de dolo eventual con respecto a las circunstancias que componen el tipo objetivo. El tipo subjetivo requiere además, la intención de obtener un beneficio patrimonial indebido.

El Art. 186 del Código Penal contiene una calificación del tipo legal de Extorsión previsto en el Art. 185 de dicho cuerpo legal. La circunstancia que determina el agravamiento es el empleo de los mismos medios coactivos que se emplean en el Robo, es decir, la fuerza contra una persona o la amenaza con un peligro presente para su vida o su integridad física.

En relación a los demás elementos que hacen a la tipicidad vale, en lo pertinente, lo expresado al comentar el tipo de Extorsión.

5.2.2. Reconocimiento y definición de los elementos típicos

Existe una mención a los elementos que componen la tipicidad del tipo de Extorsión que se analiza.

No existe una concretización en la conceptualización de los mismos.

En general, existe una abreviación en la explicitación de los estadios de subsunción, pero con relación, por ejemplo, a los elementos disposición patrimonial y perjuicio se sobreentiende relativamente de fácil manera su configuración.

En el juzgamiento se deja de lado la aplicación del tipo legal de la extorsión agravada, mediante una interpretación muy poco convincente, que se traduce a una reducción inaceptable del tipo del Art. 186 CP.

En efecto, el tipo de extorsión agravada requiere una coacción calificada.

La variante que entra en consideración y que fuera rechazada fue la de la amenaza con un peligro presente para la vida o la integridad física. Concretamente se consideró que el peligro no era presente porque la amenaza del autor se realizó vía telefónica.

Rectamente interpretado, el presupuesto “presente” hace referencia a la inminencia del peligro, es decir a que el daño al bien jurídico pueda darse de momento a momento, desde la perspectiva de la víctima y no, necesariamente, a una proximidad física entre autor y víctima.

5.3 R A G s/ Estafa y otros, en Encarnación

5.3.1. Generalidades

Para el análisis del presente juzgamiento, vale lo expresado anteriormente en relación con los elementos objetivos y subjetivos de los tipos penales de Estafa y Lesión de confianza.

5.3.2. Reconocimiento y definición de los elementos típicos

El Tribunal ha reconocido todos los elementos que componen la tipicidad de la Estafa según el art. 187 inc. 1° CP y ha procedido a dar una explicación de alguno de ellos.

Se ha enunciado (de alguna manera) la fórmula del principio del saldo como mecanismo para establecer la existencia de un perjuicio.

En reiteradas ocasiones se hace referencia a “la conducta engañosa”, al “engaño”, y en algunas oportunidades al “ardid”.

Como ya se ha mencionado “la conducta engañosa” estrictamente no representa un elemento de la tipicidad de la Estafa en el Código Penal de la República del Paraguay. El Art. 187 inc. 1 requiere *stricto sensu* “una declaración falsa”.

Esta invocación se basa en la utilización de literatura relativa a un derecho positivo distinto al nuestro. En la sentencia se hace mención a autores españoles y argentinos, también a decisiones de tribunales argentinos.

A partir de estas invocaciones, se parte del presupuesto que ésta literatura es relevante (por no decir vinculante) para la interpretación del Art. 187 CP, sin realizarse ninguna validación básica como ser por ejemplo la consideración y comparación del texto y la estructura de las disposiciones españolas o argentinas a que se refiere la literatura y la jurisprudencia citada.

Para la decisión del caso concreto era relevante la referencia a hechos internos para justificar la falsedad de la declaración, sin embargo, no se ha hecho una referencia directa y clara a esta circunstancia.

Puede apreciarse la dificultad de concretizar o precisar el o los comportamientos del autor de aquello por lo cual, finalmente, se afirma su punibilidad.

La intención de obtener un beneficio patrimonial indebido, elemento subjetivo adicional, es meramente citada en un pasaje de la sentencia, pero luego deja de ser objeto de consideración.

Objeto de análisis en la sentencia fue igualmente el hecho punible de lesión de confianza. El acusado es finalmente absuelto en relación a la realización del mismo. El rechazo de los términos de la acusación a este respecto no se basa, sin

embargo, en la negación de la concurrencia de algún presupuesto de esta figura, sino que se afirma la no realización de una manera general.

5.4. H R G M S/ Apropiación y Lesión de confianza, en Encarnación

5.4.1. Generalidades

Para el análisis del presente juzgamiento, vale lo expresado anteriormente en relación con los elementos objetivos y subjetivos de los tipos penales de Apropiación y Lesión de confianza.

5.4.2. Reconocimiento y definición de los elementos típicos

En breve síntesis, de acuerdo al relato de hechos, el acusado, mecánico, recibió un vehículo dañado en un accidente con el encargo de repararlo por el precio acordado. El mismo recibió parte del precio y realizó parte de los trabajos sin quedar especificado en que proporción, también el autor realizó compra de repuestos y materiales de trabajo para el vehículo.

Ante el requerimiento de la devolución del vehículo, el supuesto autor se ha negado primeramente a hacerlo, pero luego lo hizo. Al recibir la víctima el vehículo pudo constatar la ausencia de algunos accesorios.

El Tribunal absolvió al acusado con el argumento de la inexistencia de elementos probatorios que acrediten los elementos de una apropiación y una lesión de confianza, y concluye que se trata “evidentemente del incumplimiento de un contrato de prestación de servicios, el cual cae dentro de la esfera civil...”.

El tribunal expresa de manera general la no realización de los elementos que conforman la tipicidad de los hechos punibles de apropiación y lesión de confianza.

En un análisis de punibilidad debe sin embargo verificarse la concurrencia de los elementos (explícita o implícitamente) en forma particular.

La verificación de la concurrencia de los elementos debe realizarse, además, de forma secuencial, es decir, siguiendo un orden, determinado generalmente por la razonabilidad.

Ante la negación de la concurrencia de un elemento, se da por culminado el análisis, al menos en relación al tipo penal de que se trate.

De esta forma el razonamiento que culmina en la negación de una punibilidad en relación a un determinado tipo legal debe basarse en realidad en la ausencia de un determinado presupuesto.

En relación a la realización del tipo de Lesión de confianza, por ejemplo, el tribunal poseía elementos de juicio para negar la realización del elemento “perjuicio patrimonial”, atendiendo a la eventual compensación del pago parcial del precio con los trabajos realizados y la compra de repuestos.

O, de afirmarse el perjuicio en base a alguna otra concepción, e igualmente de la causalidad entre el acusado y el daño, parecería difícil argumentar una posición de garante a partir del contrato de prestación de servicios. Esto, atendiendo a que el objeto principal o central del mismo es la reparación del automóvil a cambio de un precio y no la de velar por un interés patrimonial.

Otro aspecto digno de comentar es el argumento “del mero incumplimiento contractual” como una circunstancia excluyente de la responsabilidad penal.

Que exista un incumplimiento contractual es una circunstancia que no incide (y menos en forma excluyente) en este caso en la eventual punibilidad.

El mismo tipo legal de la Lesión de confianza hace mención, por ejemplo, al contrato como una fuente posible de la obligación de proteger un interés patrimonial ajeno. Es decir la realización del tipo, en la hipótesis de esta variante, requeriría incluso un incumplimiento contractual en el sentido mencionado.

Al negar la realización del tipo de Apropiación, se niega también en forma general y conjunta la realización de los elementos.

Un aspecto que el Tribunal consideró determinante en este sentido es la devolución del automóvil por parte del acusado.

No se considera, sin embargo, que algunos accesorios del automóvil ya no estaban presentes al momento de la devolución. Es decir éstos, al ser separados del rodado, cobran individualidad como objeto idóneo de apropiación (cosa mueble ajena).

5.5. A V s/ Estafa, en Obligado

5.5.1. Generalidades

Para el análisis del presente juzgamiento, vale lo expresado anteriormente en relación con los elementos objetivos y subjetivos del tipo penal de Estafa.

5.5.2. Reconocimiento y definición de los elementos típicos

En el presente caso existe un reconocimiento y mención de los elementos que componen la tipicidad del tipo de Estafa que se analiza; sin embargo no existe una concretización en la conceptualización de los mismos.

Existe una abreviación en la explicitación de los estadios de subsunción, pero en relación a casi todos los elementos resulta relativamente fácil de comprender, porque puede afirmarse que se realizan o se han realizado.

Vale destacar que se señala adecuadamente cual es el comportamiento del acusado que se interpreta como una “declaración”, y se explicita en forma convincente porque puede afirmarse que la misma es falsa.

En algunos pasajes se realizan, sin embargo, algunas afirmaciones un poco confusas, como por ejemplo la mención de que el “tipo objetivo de estafa es la intención de defraudar por medio de una declaración falsa...”.

A más de que el tipo objetivo del Art. 187 inc. 1 no posee la composición afirmada, no hace mucho sentido realizar este tipo de apreciaciones con respecto a ninguna tipicidad objetiva.

En lo que respecta a la expresión “defraudar” o “engaño”, las mismas son totalmente ajenas a las nomenclaturas empleadas por la actual legislación.

5.6 E D y K R E s/ Estafa y Lesión de confianza, en Encarnación

5.6.1. Generalidades

Para el análisis del presente juzgamiento, vale lo expresado anteriormente en relación con los elementos objetivos y subjetivos de los tipos penales de Estafa y Lesión de confianza.

5.6.2. Reconocimiento y definición de los elementos típicos

En el presente caso existe un reconocimiento y mención de los elementos que componen la tipicidad del tipo de Estafa que se analiza; sin embargo no existe una concretización en la conceptualización de los mismos.

Existe una importante abreviación en la explicitación de los estadios de subsunción, por más que con relación a algunos de los elementos no resulta sobreentendido o evidente el por qué puede afirmarse que se realizan o se han realizado.

Con relación al elemento subjetivo adicional, el mismo no ha sido definido y tampoco mencionado.

Para la resolución del caso fue relevante una declaración “por acto concluyente”, en este caso, la entrega de un cheque que finalmente no pudo ser cobrado.

En este caso el tribunal da por establecido un significado específico (casi “tasado”) a ésta conducta y manifiesta que el entregar un cheque es como entregar dinero en efectivo.

Esto puede ser cierto en ciertas constelaciones de casos, pero la experiencia demuestra que no siempre es así.

De todas maneras lo importante a mencionar, es que cuando se trata de actos concluyentes se deben interpretar las circunstancias del caso concreto, y en casos como el presente, analizar si es posible derivar de la entrega del documento la afirmación de la voluntad y disposición de cubrir la obligación.

6. Sentencias de Tribunales de Sentencia de Alto Paraná

6.1. Ministerio Público c/ J L N F y otros s/ supuestos hechos punibles de Usurpación de la Función Pública y Extorsión en Ciudad del Este

6.1.1. Generalidades

En el presente juzgamiento, se limitó a verificar el transcurso del plazo máximo de duración del proceso penal y a resolver con respecto a la condición objetiva que impidió la aplicación de una sanción a quien hubiera realizado un hecho punible, en su caso.

6.1.2. Reconocimiento y definición de los elementos típicos

En el presente caso se ha declarado la prescripción de la acción penal invocando el Art. 138 del Código Procesal Penal, y las disposiciones contenidas en los Arts. 101 y 102 del Código Penal.

El Art. 138 CPP, si bien tiene como acápite la expresión “PRESCRIPCIÓN”, regula propiamente un supuesto procesal de extinción de la acción.

Independientemente de las posiciones que puedan sostenerse sobre la naturaleza de la figura contenida en esta disposición, tanto la prescripción de la acción (regulada en el Código Penal), como la figura de la extinción de la acción regulada en el Art. 136, 137 y 138 del CPP son materia de estudio o análisis a nivel del cuarto presupuesto de punibilidad.

En el marco de la sentencia objeto de análisis se ha omitido la previa verificación de los presupuestos que hacen a la tipicidad, antijuridicidad y reprochabilidad de la conducta.

6.2. Ministerio Público c/ A M s/ supuesto hecho punible contra el patrimonio (Estafa y Lesión de confianza)

6.2.1. Generalidades

Para el análisis del presente juzgamiento, vale lo expresado anteriormente en relación con los elementos objetivos y subjetivos del tipo penal de Lesión de confianza.

6.2.2. Reconocimiento y definición de los elementos típicos

En el caso puesto a consideración del tribunal, se atribuyó a un cajero de la ANDE haberse quedado con importes por él recibidos de clientes en concepto de pago de facturas por consumo de energía eléctrica.

El tribunal consideró realizado, en base a los mencionados hechos, el hecho punible de Lesión de confianza.

En el presente caso existió un reconocimiento y mención de los elementos que componen la tipicidad del tipo de Lesión de confianza; no existió una concretización en la conceptualización de cada uno de los mismos.

Existe una abreviación en la explicitación de los estadios de subsunción, en general, en relación a todos los elementos que componen la tipicidad.

La causación de un perjuicio patrimonial a un tercero no ofrece mayor dificultad para la comprensión, por lo que la abreviación a este respecto no merece mayores reparos.

Con relación a la posición de garante o a la asunción de la obligación de proteger un interés patrimonial ajeno, la mera afirmación de que el cajero posee la cualidad requerida porque se le confió un puesto en una caja, no es satisfactoria.

No se explicitan cuales son los criterios en virtud a los cuales se afirma la cualidad en el autor, además de dejar de lado sin explicación el criterio de autonomía, es decir, aquel que señala que para afirmar una posición de garante el autor de poseer un ámbito de actuación en el que actúa bajo responsabilidad propia.

El fallo sirve de precedente para afirmar que un cajero (en condiciones similares al presente caso) tiene una posición de garante. Ahora bien sin una concretización de los criterios que llevaron a ésta conclusión, prácticamente no existe argumento con los que, coherentemente, pueda excluirse del ámbito de aplicación del Art. 192 cualquier encargo de contenido patrimonial que derive en un perjuicio.

Otro aspecto a mencionar es que desde una perspectiva “natural” no se trata de un comportamiento aislado del autor. En la relación de hechos se hace mención al cobro de 60 facturas.

Ante esta situación, debió determinarse por qué se entiende finalmente que se trata de una sola realización del tipo de Lesión de confianza; pero no existe una argumentación en este sentido.

6.3. Ministerio Público c/ J M S s/ Estafa y Producción de documentos no auténticos

6.3.1. Generalidades

Para el análisis del presente juzgamiento, vale lo expresado anteriormente en relación con los elementos objetivos y subjetivos del tipo penal de Estafa.

6.3.2. Reconocimiento y definición de los elementos típicos

En el presente caso existió un reconocimiento y mención de los elementos que componen la tipicidad del tipo de Estafa que se analiza; sin embargo no existe una concretización en la conceptualización de los mismos.

Existe una fuerte abreviación en la explicitación de los estadios de subsunción, por más que con relación a varios de los elementos no resulta sobreentendido o evidente, por qué puede afirmarse que se realizan o se han realizado.

En este sentido, cabe mencionar la dificultad de señalar y explicitar adecuadamente cual es el comportamiento del acusado que realiza el elemento “declaración falsa”.

En varios pasajes se expresa que “el acusado señaló que los cheques emitidos quedarían en poder del abuelo...” y que en definitiva “no serían descontados en el mercado...”.

En ningún momento se concretiza que éstas afirmaciones implicaban, además, la afirmación de la disposición y la voluntad del acusado de cumplir con lo expresado y la afirmación de la “seguridad del emprendimiento”. Esto es lo que razonablemente parece creer la víctima y por ello emite los cheques.

La no correspondencia de las afirmaciones del acusado (algunas de ellas sobre hechos internos) con la realidad (lo que se constata con los acontecimientos posteriores) permiten eventualmente argumentar la falsedad de la declaración.

Por otro lado, puede apreciarse de la parte resolutive que el acusado es condenado por coautoría (Art. 29 inc. 2 CP), que se trata de un error material.

6.4. Ministerio Público c/ M A D y G D A s/ Exacción y otro

6.4.1. Generalidades

El tipo objetivo de Exacción requiere una cualidad objetiva en el autor, la condición de funcionario encargado de la recaudación de impuestos, tasas y otras contribuciones y admite la realización de alguna de las siguientes conductas: Recaudar sumas no debidas; no entregar, total o parcialmente, lo recaudado a la caja pública; efectuar descuentos indebidos.

Para la configuración del tipo subjetivo se requiere dolo. En atención a la frase “a sabiendas”, se excluye el dolo eventual.

6.4.2. Reconocimiento y definición de los elementos típicos

En el presente caso no se llegó a realizar propiamente un juzgamiento, pues el Ministerio Público retiró su acusación luego de la producción de la prueba en el debate.

En el texto de la sentencia parece hacerse referencia a la Exacción como si fuera un hecho punible contra la propiedad. Parece relevante señalar que se trata, en realidad, de un hecho punible contra el ejercicio de las funciones públicas.

6.5. Ministerio Público c/ E R V F y otro s/ Estafa

6.5.1. Generalidades

Para el análisis del presente juzgamiento, vale lo expresado anteriormente en relación con los elementos objetivos y subjetivos del tipo penal de Estafa.

6.5.2. Reconocimiento y definición de los elementos típicos

Existe una mención a los elementos que componen la tipicidad del tipo de Estafa que se analiza; pero puede apreciarse,

sin embargo, la ausencia de una concretización en la conceptualización de los mismos.

En general existe una fuerte abreviación en la explicitación de los estadios de subsunción, por más que con relación a muchos elementos no resulta sobreentendido o evidente por qué puede afirmarse que se realizan o se han realizado.

En este sentido, cabe mencionar el elemento “declaración falsa”, en relación al cual no se indica directamente cuál es el comportamiento de los participantes que finalmente es interpretado como “declaración”. Tampoco se explicita claramente el motivo por el cual se debe concluir su falsedad.

Se utiliza para referirse al elemento, la confusa nomenclatura de “engaño”, “conductas engañosas”, etc.

Un aspecto que se pasa por alto es una razonable explicitación de la punibilidad y el grado de participación del segundo participante.

De acuerdo a lo que puede apreciarse de la parte resolutive, ambos son condenados por autoría simple (Art. 29 inc. 1 CP) o si se prefiere, por “autoría paralela”.

Esto supone aceptar (hablando muy a grosso modo) que ambos condenados han iniciado un proceso causal que desemboca en el (mismo) perjuicio de la víctima, sin que ninguno sepa del otro o del obrar del otro.

Esto no parece ser aceptable pues ya la primera impresión o “imagen del hecho” (a partir del relato) indica una posible coautoría o complicidad (del segundo acusado), que en el juzgamiento no es objeto de consideración alguna.

7. Conclusiones

1. Existe en general un reconocimiento y una enunciación de los elementos que componen la tipicidad de los hechos punibles. No obstante, existen resoluciones en las cuales se enuncian elementos que no corresponden a los tipos analizados y otras en las que se omite citar elementos de los tipos que se sospecha ocurridos.
2. Existe, en general, un respeto al orden de comprobación de los elementos basado en la razonabilidad. En algunos casos, no obstante, pudo apreciarse consideraciones relativas a la tipicidad subjetiva sin haber culminado el análisis del tipo objetivo e incluso análisis del tipo subjetivo luego de descartarse la tipicidad objetiva, lo que puede considerarse un error de entidad.
3. Existe una práctica de abreviar, en algunos casos, exageradamente los procesos de subsunción, siendo una constante la ausencia de una conceptualización de elementos de trascendental importancia para el entendimiento de los delitos denominados económicos.
4. Se han detectado casos en que el análisis de subsunción se ha realizado con respecto a dos o más personas al mismo tiempo. Esto no se ajusta a reglas metodológicas que indican que la subsunción debe hacerse siempre con: una persona, un hecho y una ley penal completa.
5. Salvo excepciones en las sentencias analizadas, las preguntas iniciales se formulan en un orden que no se ajusta a las reglas técnicas de la subsunción. Por ejemplo, primero se analiza si está probado el hecho punible, luego si la persona es reprochable y por último la tipicidad o calificación que le corresponde.

6. Se ha tematizado en casos sobre Estafa y Declaración falsa el “engaño” o la “conducta engañosa” como elemento del tipo, pese a que (estrictamente) estos elementos no componen la tipicidad.
7. También puede notarse el recurso a una literatura no referida al ordenamiento jurídico paraguayo, la cual es propugnada sin establecerse previamente las características de estructura y composición de los tipos penales a los que éstas se refieren. La tematización de elementos y de nomenclaturas no previstas en nuestra ley puede ser consecuencia del recurso a estas fuentes.
8. Pudo notarse una dificultad en comprobar la existencia o inexistencia de un perjuicio en hipótesis que involucran negocios de riesgo, e igualmente en concretizar la conducta ausente en hipótesis de imputación de omisiones.
9. En dos casos de los analizados, se da a entender que determinados presupuestos del tipo solo pueden ser comprobados a partir de determinados medios probatorios, lo que parece reñir con el principio de libertad probatoria, sin que exista a éste respecto mayores aclaraciones.
10. Conforme a entrevistas realizadas, los problemas de subsunción correcta se originan, en muchos casos, en el acta de imputación, y se arrastran hasta plasmarse en las resoluciones judiciales.
11. En atención a lo precedentemente referido, se considera necesario reforzar en general la capacidad de conceptualizar los elementos característicos de los denominados hechos punibles económicos. También deben mejorarse las capacidades de explicitación de los procesos de subsunción a éstas conceptualizaciones.

12. Las bases para generar esta capacidad pueden ser las siguientes:

- Extraer conceptualizaciones o definiciones de elementos esenciales de los denominados delitos económicos que sean consideradas aptas para la solución de cierto grupo de casos.
- Verificar, (en su caso) complementar (o modificar), unificar, estas conceptualizaciones en base a razonamientos críticos proveídos principalmente por literatura adecuada para la interpretación de nuestros textos legales.
- Validar, en este último sentido, la literatura usualmente utilizada, mediante una evaluación de los aspectos comunes y de las diferencias de la legislación (referida) con la paraguayana.
- Redactar materiales que compilen esta información.
- Validar estos materiales con los operadores.
- Difundirlos posteriormente en el marco de capacitaciones temáticas.
- Marcar la necesidad del análisis escalonado y riguroso en el marco de la subsunción, así como realizar un repaso general de la imputación por una conducta omisiva.
- Impulsar la implementación de esta metodología de análisis en los casos de juzgamiento de hechos punibles.

13. Un aspecto de vital importancia es tematizar con los actores la necesidad (o no) de prueba de determinados elementos típicos a través de determinados medios de prueba. Este tema debe ser conciliado, entre otros, con el principio de libertad

probatoria. El análisis de las decisiones, arriba mencionado, debe abarcar este aspecto igualmente.

14. Un escenario propicio para esto es la afectación de jueces en base a criterios de especialización (fueros e instancias especializados), ya que la capacitación y difusión parece ofrecer mejores resultados en estas condiciones.

II Organización de Tribunales y Fiscalías especializados en Delitos Económicos

Por Mariano Hernán Borinsky¹

¹ Especialista en Derecho Penal y Derecho Tributario. Profesor Adjunto regular en la materia Delitos de competencia penal económico y tributario, Facultad de Derecho, U.B.A. (2006 a la fecha). Profesor de la Carrera de Especialización en Derecho Penal (2002 a la fecha) y del Programa de Actualización en Derecho Penal Tributario (2005 a la fecha), Facultad de Derecho, U.B.A.

Miembro de la Cámara Nacional de Casación Penal. Ex Fiscal General a cargo de la Unidad Fiscal de Investigación de Delitos Tributarios y Contrabando (U.F.I.T.Co) dependiente de la Procuración General de la Nación y ante los Tribunales Orales en lo Penal Económico. Autor de varias obras, coordinador de la Sección de Derecho Penal Aduanero y Tributario de la Revista de Derecho Penal y Procesal Penal, Abeledo Perrot, 2006 y Secretario de Redacción de la Revista de Derecho Penal Económico. Derecho Penal Tributario, Rubinzal, 2007, ambas, hasta la actualidad. Doctorando Facultad de Derecho UBA bajo la tesis titulada “El fraude a la Hacienda Pública” 2006 hasta la actualidad.

1. La Justicia en lo Penal Económico

La evasión fiscal, el contrabando y otros delitos económicos, cuando alcanzan dimensiones anormales, hacen sentir sus perjudiciales consecuencias en el plano político-financiero. Además de modificar la distribución de las cargas tributarias y, por tanto, de variar la redistribución del rédito por una alteración en las transferencias sociales de la riqueza, la evasión y el contrabando provoca ingentes pérdidas al fisco, ya por el monto de los tributos evadidos, ya por los gastos necesarios para la persecución de los evasores y contrabandistas. Estos gastos se agregan a los de determinación y recaudación de los impuestos. Además, la necesidad de reparar los daños provocados por la evasión y el contrabando, obliga a los responsables políticos a adoptar medidas tendientes a restablecer el equilibrio financiero así alterado y decisiones de política económica contrarias a los intereses generales. Los instrumentos legislativos y administrativos no bastan por sí solos, para volver al buen camino del consciente cumplimiento del deber contributivo, a todos los ciudadanos.

En este contexto cabe examinar la creación por parte del Estado de un fuero para resolver esta clase de casos, que le otorgan especialidad a la materia, distinguiéndola de las demás estafas contra el patrimonio de particulares.

Previo a dar comienzo, se destaca que el material bibliográfico citado como algunas ideas expuestas, forman parte de la tesis doctoral que vengo desarrollando en la Universidad de Buenos Aires (Argentina) bajo el título “*El fraude*”

a la Hacienda Pública” con la dirección del Dr. Edmundo Hendlr, desde el año 2006 a la fecha.

En el Derecho comparado, y en **Alemania** en particular, a comienzos de los años setenta se empieza a demandar una reformulación fundamental del derecho penal económico. Luego que el 49º congreso de Juristas Alemanes de 1972, sobre la base de un informe de Klaus TIEDEMANN, se hubiera ocupado de la problemática, se estableció la “*Comisión de expertos para el combate de la criminalidad económica y la reforma del derecho penal económico*”, que aconsejó la creación de tipos penales especiales. Pero además, fue un punto de apoyo para el catálogo de delitos del parágrafo 74 c de la Ley de Organización de los Tribunales (GVG) que desde una perspectiva procesal penal y criminalística fija la competencia de las Salas o Cámaras en lo Penal Económico. Se trata principalmente de tipos penales del derecho penal accesorio: derecho de la competencia, derecho de la propiedad intelectual, derecho de las sociedades comerciales, derecho fiscal y aduanero, derechos de los alimentos y el vino, derecho del comercio exterior, derecho bancario, bursátil, crediticio, de seguros y de títulos-valor; también son pertinentes, sin embargo, algunos delitos del Código Penal: fraude mediante computadoras, fraude de subvenciones, fraude de inversiones de capital, fraude de crédito, insolvencia punible, favorecimiento del acreedor o del deudor; finalmente, la estafa, la administración desleal, la usura y el cohecho pasivo y activo fundan la competencia de las Salas o Cámara en lo Penal Económico, cuando el juzgamiento del caso requiere especiales conocimientos de la vida económica².

² Cf. LOUIS, Jürgen y WASSMER, Martin Paul, *Sistemas penales comparados. Tratamiento de los delitos socioeconómicos. Alemania*, Traducción del Profesor Dr. Héctor HERNÁNDEZ BASUALTO (Santiago de Chile), publicado en la “*Revista Penal*”, Publicación semestral La Ley en colaboración con las Universidades de Huelva, Salamanca, Castilla-La Mancha y Pablo de Olavide de Sevilla, España, Enero de 2002, Nro. 9, págs. 165 y 166.

Las Salas penales económicas especializadas en el órgano jurisdiccional deciden sobre las querellas formuladas por las fiscalías especializadas en delitos económicos. En estas fiscalías especializadas colaboran singularmente, al lado de los fiscales, funcionarios expertos en ciencias económicas y empresariales (“relatores económicos”), de forma que los fiscales no están limitados a los dictámenes periciales externos o de las partes (más adelante se analizará la creación de organismos especializados en la persecución penal de los delitos económicos, en el derecho comparado y en el ámbito nacional).

Los jueces de Salas penales económicas pueden prescindir de la ayuda de peritos externos en tanto que por sí mismos tengan experiencia o estén instruidos en asuntos económicos, particularmente en el campo de la contabilidad y de los balances. Los jueces legos frecuentemente no están instruidos en estas materias y su selección para los grandes procesos económicos presenta particulares problemas.

Se discute si en Alemania deben implementarse “jurados económicos” como se ha hecho en algunos Cantones de Suiza. Este modelo alemán ha sido seguido por varios países europeos. Es interesante la experiencia francesa, que en principio quiso limitarse a una especialización de la fiscalía. Con acierto sostiene TIEDEMANN que muy pronto se ha notado que de nada sirve tal especialización en la persecución penal si después el juez entiende poco de los problemas propios de estos asuntos; por este motivo, los jueces penales en Francia, en grandes ciudades, son jueces especializados³.

En efecto, la necesidad de especialización de los jueces que tratan los casos de criminalidad económica es reconocida en todos los países. La colaboración de expertos en contabilidad y disciplinas económicas no es suficiente. El juez

³ Cf. TIEDEMANN, Klaus, *Lecciones de Derecho Penal Económico (comunitario, español, alemán)*, Traducido por Teresa MARTÍN, Barcelona, PPU, 1993, p.29.

debe ser capaz de entender los informes de los expertos y estudiar el sumario de los delitos económicos⁴.

En **Francia**, si bien se discute la conveniencia de deslindar las materias civil y penal, en materia de delitos económicos, el Código Procesal Penal francés contiene dos importantes especialidades judiciales. La *Loi du 29 décembre 1972* modificó el art. 398 CPP, para permitir que el “Tribunal Correccional” (formado por un Presidente y dos jueces) pueda constituirse como un órgano unipersonal para el conocimiento de delitos cometidos mediante cheques u otros medios de pago.

Desde la *Loi du 6 août 1975* el art. 704 CPP permite, dentro de la jurisdicción de cada Corte de Apelación, designar uno o más “Tribunales de gran instancia” para la persecución, instrucción y enjuiciamiento de ciertos delitos de una especial complejidad incluyéndose los delitos tradicionalmente incluidos por la doctrina francesa en el ámbito del *Droit Penal des Affaires*: delitos comunes (estafa o apropiación indebida) cometidos en el marco de sociedades mercantiles, aduanas, urbanismo, operaciones bursátiles y del mercado de valores, libertad de precios, libre concurrencia, entre otros⁵.

En **España**, no se ha debatido en profundidad la conveniencia de crear órganos especializados en el enjuiciamiento de los delitos económicos, quizá por entender el legislador que, las dificultades en la fase de investigación se suplen con la intervención de la Fiscalía Especial (sobre el Ministerio Público y las

⁴ Cf. BARBERO SANTOS, Marino, *La reforma penal: delitos socio-económicos*, Madrid, Universidad de Madrid, Facultad de Derecho, Sección de publicaciones, 1985, p. 65.

⁵ Cf. DELMAS-MARTY, *Droit Penal des affaires. Partie générale: responsabilité, procédure, sanctions*, París, Presses Universitaires de France, 1990, pág. 139 y ss; GUTH, *Tribunal correctionnel: composition du tribunal. Tenue des audiences*, Juris-Clauses Procedure Penale, art. 398-399; GUERIN, *Infractions en matière économique et financière*, Juris Classeur Procedure Penales, art. 704 et 705; citados por GUTIÉRREZ ZARZA, Ángeles, *Investigación y enjuiciamiento de los delitos económicos*, Madrid, Colex, 2000, pág. 103

fiscaliza especiales se volverá más adelante) y las del juicio oral mediante informes periciales de expertos financieros y contables.

Frente a estos ejemplos de especialización judicial se sitúa el modelo seguido por los países del *Common Law*, donde los fraudes graves deben ser juzgados, si el imputado se declara inocente, por un Jurado que resuelve tras una deliberación celebrada sin la presencia judicial. El Comité de Expertos que ha elaborado el *Corpus Iuris*, partiendo del Informe del Comité ROSKILL sobre la situación en Inglaterra, Escocia e Irlanda⁶ ha advertido de los riesgos de permitir que esta materia se conozca por jueces legos y se mostrado partidario de la especialización judicial. De ahí que el art. 26 del *Corpus*, sobre la fase de enjuiciamiento de los delitos contra los intereses financieros de la Unión, señale que las jurisdicciones “*se compondrán obligatoriamente de jueces profesionales, en la medida de lo posible, especializados en materia económica y financiera, y no de simples jurados o escabinos*”.

En la **Argentina**, el fuero en lo Penal Económico, tiene más de 50 años de existencia⁷, es único a nivel nacional (sólo se encuentra en el ámbito de la ciudad de Buenos Aires) y tiene

⁶ Cf. *Frauds Trials Comité Report*, HSMO, 1986; citado por GUTIÉRREZ ZARZA, ob. cit., p. 104.

⁷ Por la Ley 14.558 (B.O. 3/11/1958) se crearon, en el ámbito de la Capital Federal, para el juzgamiento de las infracciones a las leyes represivas del agio y la especulación, los juzgados de agio y especulación y una Cámara de Apelaciones (art. 1º de la ley). Por la Ley 14.831 (B.O. 24/9/1959), art. 1º, se estableció que la Cámara de Apelaciones y los Juzgados creados por la ley 14.558 se denominarán, en lo sucesivo, “en lo Penal Económico” e integrarán los tribunales nacionales de la Capital Federal del art. 32 del decreto-ley 1285/58 (en consecuencia, estos tribunales, que eran de carácter administrativo, con la sanción de la ley pasan a ser de carácter judicial), y además de la jurisdicción que se les había asignado en materia de agio y especulación, se estableció que conocerían en las causas relacionadas con la aplicación del art. 300 del Código Penal y en el aspecto represivo de las leyes 12.906, 11.275, 11.226, 11.228 y decreto-ley 8509/56, 12.236, 11.742, 12.253 y decreto-ley 19.697/56, 14.516, 14.770, 14.799 y decreto-ley 62/57; sobre este aspecto puede verse el capítulo final de la obra del suscripto, *Derecho Penal Económico y de la Empresa...* ob. cit., en la cual sintéticamente se destacan las leyes que integran el fuero.

una competencia mixta, pero mayoritariamente federal: Régimen Penal Tributario y Previsional, Derecho Penal Aduanero, Régimen Penal Cambiario, Defensa de la Competencia, Administradora de Fondos de Jubilaciones y Pensiones -A.F.J.P.-, entre otras leyes; excepcionalmente, como delitos de competencia ordinaria, se ubican el libramiento de cheques sin provisión de fondos y el balance falso; entre otros.

Cabe tener en cuenta que con anterioridad a la sanción de la ley penal tributaria Nro. 24.769 (del año 1997) ya se había advertido sobre la necesidad de adecuar la legislación procesal a la naturaleza y características particulares del delito tributario y previsional, dada la incapacidad funcional del proceso penal “convencional” para perseguir delitos que, como aquéllos, se han dado en llamar delitos “no convencionales”⁸, como así también, para perseguir a las personas jurídicas⁹.

Los delitos que se sustancian en el fuero en lo penal económico, son delitos que se cometen en ámbitos específicos, como el caso de negocios de divisas y el giro de monedas al exterior, maniobras aduaneras, falsedades contables, evasiones impositivas, manejos del mercado en beneficio de empresas de gran volumen que abusan de su posición dominante, entre otros delitos, todo lo que exige conocimientos de tipo económico, financiero y legislativo altamente especializado¹⁰.

⁸ Cf. PASTOR, Daniel, *¿Es conveniente la aplicación del proceso penal “convencional” a los delitos no “convencionales”?*, en AAVV, *Delitos no convencionales*, Julio MAIER (Director), Buenos Aires, del Puerto, 1994, p.275

⁹ Cf. C.S.J.N. “Fly Machine S.R.L.” sentencia del 30 de mayo de 2006. Ver al respecto voto del Ministerio Eugenio ZAFFARONI, en argumento *obiter dictum*, que concretamente señaló que “*La legislación nacional carece de una regulación procesal específica que determine el modo en que debería llevarse a cabo el enjuiciamiento criminal de las personas de existencia ideal y que permita individualizar a los sujetos susceptibles de asumir una concreta representación en tal sentido. En consecuencia, se afectaría las garantías de igualdad, de defensa en juicio y del debido proceso*”.

¹⁰ Cf. BERNAUS, José (comp.), *Código Penal Económico*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1980, p.32; citado en BORINSKY, Mariano, *Derecho Penal Económico y de la Empresa*, Buenos Aires, Ad Hoc, 2004, p. 28.

Una de las notas particulares del fuero en lo Penal Económico aparece con marcada nitidez en su catálogo de sanciones previstas por la comisión de algunos de los delitos que son de su competencia, que en algunos casos escapan a las clásicas ya establecidas en el Código Penal, introduciendo variantes y novedades¹¹.

Esta especificidad que caracteriza al fuero en lo Penal Económico, implica que, en cierta forma, se trate de un ámbito jurídico no muy explorado por la mayoría de los operadores del derecho, no obstante la importancia de los delitos que allí se investigan y las discusiones de distinta índole (dogmáticas, de derecho procesal, etc.) que se generan.

La importancia de los delitos investigados en este fuero finca en la magnitud de la lesión de intereses vitales de la sociedad que son fundamentalmente, intereses económicos (hacienda pública nacional, control aduanero sobre las importaciones y exportaciones de mercaderías, competencia de los mercados, fe pública, el sistema de A.F.J.P., el sistema de cambios, etc.), dando lugar a la afectación y menoscabo del denominado “orden económico” (que puede ser público o privado visto a la luz de los específicos intereses titularizados en los sujetos económicos o en la colectividad¹²), que es producto, entre otras cosas, de la reiteración de aquellas conductas disvaliosas. De ninguna forma se encuentran incluidos la afectación de intereses individuales, aunque fueran intereses económicos (como los derivados de la afectación del derecho de propiedad, como puede ser la estafa convencional).

¹¹ Por ejemplo, las penas de: apercibimiento (prevista en la ley 14.878, de vinos), clausura (ley 11.683 de infracciones tributarias, entre otros), suspensión en el goce y participación de beneficios (leyes 19.597, del azúcar y 17.741, de cinematografía; entre otras), cesar y abstenerse (ley 25.156 de defensa de la competencia), intervención temporaria para su uso (ley N° 20.680 de abastecimiento); entre otras.

¹² Cf. MIRANDA GALLINO, *Delitos contra el orden económico*, Bs. As., Pannedi-Ille, 1970, p.29.

Por ley 25.292 (B.O. 13/7/2000) se crearon los Juzgados Nacional en lo Penal Tributario Nros. 1, 2 y 3, que entraron en funcionamiento en el mes de agosto de 2003, para su actuación en la Ciudad de Buenos Aires, por la comisión de alguno de los delitos previstos por la Ley Penal Tributaria N° 24.769 (del año 1997).

Como Tribunal de Alzada de los Juzgados Nacionales en lo Penal Tributario interviene la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico. Para el juzgamiento de los delitos tributarios y contra la seguridad social toman intervención los Tribunales Orales en lo Penal Económico. Con respecto al Ministerio Público intervienen distintas fiscalías y defensorías de primera instancia y generales en lo Penal Económico y Tributario, así como la UFITCO en todos sus niveles¹³.

2. La actuación del Ministerio Público Fiscal

En la República Argentina, el Ministerio Público es una institución definida y reglada por la **Constitución Nacional en su art. 120** (*cual dispone que el Ministerio Público es un órgano independiente con autonomía funcional y autarquía financie-*

¹³La intervención de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico y de los Tribunales Orales en lo Penal Económico para los casos de penal tributario se debió a la ausencia de presupuesto suficiente para crear una Cámara de Apelaciones en lo Penal Tributario y los correspondientes Tribunales Orales en lo Penal Tributario que originariamente, su creación estaba prevista por la ley 25.292, pero que posteriormente fue vetada su creación por las apuntadas razones presupuestarias (Cf. Acordada de la Corte Suprema de Justicia de la Nación N° 34/2002, puntos Nos. 1, 2 y 3). En cuanto al Ministerio Público, hay 3 Fiscalías Nacionales de 1° Instancia en lo Penal Tributario; 5 Fiscalías Generales en lo Penal Económico y Tributario (1 de Cámara y 4 que intervienen antes los Tribunales Orales); la U.F.I.T.CO (Unidad Fiscal de Investigación de Delitos Tributarios y Contrabando) dependiente de la Procuración General de la Nación (que interviene ante la Justicia en lo Penal Económico, Penal Tributario y Federal del interior del país); 2 Defensorías Oficiales de Primera instancia y Cámara en lo Penal Económico, 1 Defensoría Oficial de Primera instancia y Cámara en lo Penal Tributario; 2 Defensorías Oficiales en lo Penal Económico y Tributario que intervienen ante los Tribunales Orales en lo Penal Económico y Tributario.

ra, que tiene por función promover la actuación de la justicia en la defensa de la legalidad y de los intereses generales de la sociedad, en coordinación con las demás autoridades de la República.) incorporado en la reforma constitucional del año 1994 y por la Ley Nacional N° 24.946, en vigencia desde el 1° de abril de 1998, denominada “**Ley Orgánica del Ministerio Público**”.

Se trata de un órgano bicéfalo constituido por el Ministerio Público Fiscal y Ministerio Público de la Defensa. El primero nuclea y coordina la acción de los Fiscales y el segundo la de los Defensores Oficiales. Fiscales y Defensores son magistrados que se desenvuelven en el ámbito del sistema judicial cumpliendo diferentes funciones de orden legal en los procedimientos judiciales. Los primeros como acusadores y representantes formales –como integrantes del Estado, a través de una suerte de cuarto poder- de las acciones públicas que lesionan a la sociedad en su conjunto; en tanto que los segundos, como representantes formales de los acusados en el proceso penal (ello es, para los casos en los que el acusado no posea medios propios como para ejercer sus derechos defensivos en el proceso penal).

El Ministerio Público Fiscal en la Argentina, deviene en un “*órgano extrapoder*” (es decir, independiente del Poder Judicial y/o Corte Suprema de Justicia de la Nación, así como del Poder Ejecutivo de la Nación), ya que por ser una institución autónoma no se puede encontrar subordinada a la Corte Suprema, ni verse ligado al poder político frente a eventuales presiones e influencias políticas. En otras palabras, nadie le puede imponer instrucción alguna, pues constituye un órgano que es diferente como institución, de cualquier otra institución o poder estatal. Todo ello, con el anhelo de abogar, a través de su función, por una posición que resulte esencialmente contradictoria e independiente en la estructura del juicio, ya sea esto, en la etapa de la instrucción sumaria o la del debate oral y público.

Por lo tanto, el Ministerio Público ejerce una función esencialmente “requirente”, ya que cada fiscal como representante de aquel órgano es el único titular de la acción penal pública en el ámbito jurisdiccional, facultad que claramente difiere con la ejercida por la magistratura, que como órgano judicial, su independencia debe velar por la imparcialidad del juez.

Al mismo tiempo, se ha considerado que este proceso de mayor autonomía y de reconocimiento de más facultades investigativas del Ministerio Público responde también a la necesidad de ser coherentes con su función requirente. Ello por cuanto resulta artificial que el fiscal deba acusar sobre la base de elementos probatorios que él no ha recogido, careciendo de toda posibilidad de selección con relación a ellos¹⁴. En este proceso se inscriben el Código Procesal Penal de la Nación (CPPN), los códigos procesales penales de varias provincias sancionados en los últimos años, y las últimas reformas al mencionado CPPN.

En consecuencia, la función esencial del fiscal es ejercer la persecución penal de los hechos perseguibles de oficio -es decir los que no estén subordinados a instancia privada, como por ejemplo: el delito de calumnias e injurias-, dependan o no de instancia privada, para lo cual tiene capacidad para dictaminar, en su caso acusar, y en general realizar todos los actos necesarios para cumplir con su cometido.

Como representante de los intereses de la sociedad, la función del Ministerio Público debe adecuarse a un criterio objetivo, orientado a una correcta aplicación de la ley, aún cuando para ello deba formular requerimientos a favor del imputado. En cuanto a su organización, el Ministerio Público Fiscal está

¹⁴Cf. CAFFERATA NORES, José I., *La investigación fiscal preparatoria como alternativa frente a la instrucción jurisdiccional*, en *Symposium Internacional sobre la Transformación de la Justicia en la República Argentina*, Buenos Aires, 1989, t.I. p. 53-4.

dirigido por el Procurador General de la Nación¹⁵, quien actúa en una doble función. Por un lado es el Fiscal ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación y se desenvuelve como tal en los asuntos judiciales en los que tiene intervención este cuerpo, dictaminando en las causas judiciales que a tal efecto le son remitidas. Por otro lado es el jefe máximo de todos los Fiscales y en tal sentido coordina su accionar, estableciendo, entre otras potestades y deberes, las pautas de la política criminal del estado. De allí que resulte evidente que la cuestión de las instrucciones internas se relacionen con los principios de unidad como órgano autónomo, y de jerarquía y verticalidad como magistratura requirente.

*“El Derecho Penal no le toca al delincuente ni un pelo”*¹⁶. La sentencia de Ernst BELING define mejor que cualquier otra la necesidad de la existencia del Derecho Procesal Penal para actuar al Derecho Penal sustantivo. El Derecho Procesal Penal es el único medio legítimo para la realización penal (*nulla poena sine iudicio* -también denominada garantía del “juez natural”-; conf. art. 18 de la Constitución Nacional), con lo que se quiere expresar que los conflictos sociales que atañen al Derecho Penal tienen sólo su vía de solución a través de las reglas del Derecho Procesal Penal en sentido estricto (procedimiento penal) y del Derecho de organización judicial.

En este contexto, resulta de vital importancia **la actuación del Ministerio Público Fiscal (en adelante, M.P.F.), que debe**

¹⁵El actual Procurador General de la Nación es el Doctor Esteban RIGHI, desde el mes de junio de 2004 hasta la actualidad, habiéndose cumplido a su respecto con el trámite constitucional en debida forma: designación por el Poder Ejecutivo Nacional, previa audiencia en la Honorable Cámara de Senadores de la Nación y la consulta popular de adhesiones e impugnaciones efectuada a la ciudadanía argentina, organizaciones no gubernamentales, asociaciones de abogados, entre otros, que se encuentra prevista por el Decreto 588/03.

¹⁶ Cf. BELING, Ernst, *Derecho Procesal Penal*, traducido por Roberto GOLDSCHMIDT y Ricardo NÚÑEZ, Argentina, Universidad Nacional de Córdoba, 1943, p.2; citado por Daniel PASTOR *¿Es conveniente la aplicación del proceso penal “convencional” a los delitos no “convencionales”?*, en AAVV, *Delitos no convencionales*, Julio MAIER (Director), Buenos Aires, Del Puerto, 1994, p.275

reconducir la actividad del sistema penal hacia delitos de mayor complejidad, a desarmar redes y lógicas criminales.

En este sentido, deben impulsarse cambios que permitan un uso sistemático de la información y un despliegue más inteligente de sus recursos, a través de un plan de acción al que pueden y deben exigírsele resultados.

Con la reforma de la Constitución Nacional -art. 120-, y con la sanción de la ley orgánica del Ministerio Público N° 24.946, volvió a surgir el debate acerca de la necesidad de reformular este modelo para adaptarlo a las funciones básicas que le corresponden al M.P.F., sobre todo teniendo en cuenta el tránsito hacia un sistema procesal acusatorio, que fue expresamente reconocido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el reciente fallo “Quiroga”¹⁷.

Desde hace unos años, es posible advertir un paulatino desarrollo de la autonomía del Ministerio Público, en especial de su papel como titular de la acción pública, y de su separación o distinción del papel de los magistrados como garantes del debido proceso. Este desdoblamiento de funciones, sin lugar a dudas, responde a la necesidad legislativa de adaptar el sistema procesal penal a un modelo procesal más ajustado a la Constitución Nacional y a la vez mucho más eficaz.

En este proceso se inscribe el Proyecto de Código Procesal Penal para la Nación de 1986 elaborado por Julio B. J. MAIER; la sanción del nuevo Código Procesal Penal de la Nación¹⁸ (“Código Levene (h)” de 1991), que si bien es más restrictivo al proyecto de MAIER, instaló un sistema menos inquisitivo y estableció la posibilidad, a través del mecanismo de la

¹⁷Sobre el tema de una separación mucho más estricta entre las funciones de acusar (a cargo de los fiscales) y la de juzgar (a cargo de los jueces) y la tendencia hacia un sistema procesal acusatorio, ver el reciente fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, “*in re*” “Quiroga, Edgardo s/causa nro. 4302”, sentencia del 23 de diciembre de 2004.

¹⁸En adelante, Código Procesal Penal o CPPN.

delegación, de que la investigación instructoria o preliminar pudiera ser dirigida por el Ministerio Público Fiscal; los códigos procesales penales de varias provincias que luego fueron sancionados, tales como los códigos de forma de Tucumán, Córdoba, Buenos Aires, Chubut y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, entre otros; la sanción de la ley 24.826, en virtud de la cual se dispuso que la investigación preparatoria quedaría a cargo del fiscal en todos los casos en los que se diera la doble condición de que el imputado fuera sorprendido en flagrancia y que no resultara procedente el dictado de la prisión preventiva (incorporado al Código Procesal Penal como art. 353 bis); la sanción de la Ley Orgánica del Ministerio Público (ley 24.946); y más recientemente la sanción de la ley 25.246, de Encubrimiento y Lavado de Dinero¹⁹, y la ley 25.409²⁰, que incorporando el art. 196 *bis, ter* y *quáter* al CPPN, establece que en los casos de competencia criminal o correccional que no tengan autor individualizado (casos “N.N.”) la investigación, desde el inicio, quedará delegada al Ministerio Público.

El diseño de este nuevo modelo de organización del ministerio público exige no sólo respetar los conocidos principios *de Unidad, Subordinación jerárquica y Coherencia institucional*, sino que plantea la necesidad de alcanzar la **máxima eficiencia procesal, la mayor transparencia en las decisiones internas, el mayor control posible del ejercicio de poder que le toca, el máximo contacto posible con la comunidad** y, por sobre todas las cosas, tiene que centrar su atención en las funciones

¹⁹Esta ley fue sancionada el 13 de abril de 2000, promulgada el 5 de mayo y publicada en el B.O. el 11 de mayo de 2000. En lo que a este trabajo importa, el art. 28 dispone que las denuncias sobre la posible comisión de los delitos de acción pública previstos en dicha ley serán recepcionadas por un Fiscal General designado por la Procuración General de la Nación. Y sigue “Los miembros del Ministerio Público Fiscal *investigarán las actividades denunciadas o requerirán la actividad jurisdiccional pertinente* conforme a las previsiones del Código Procesal Penal de la Nación y la ley orgánica del Ministerio Público” (el destacado me pertenece).

²⁰Sancionada el 14 de marzo de 2001, promulgada tácitamente el 17 de abril y publicada en el B.O. el 20 de abril de 2001.

propias del organismo que obligan al abandono del estilo de organización refleja del Poder Judicial, porque dos organismos que tienen funciones autónomas, en gran medida distintas y que responden a principios de actuación distintos, no deben necesariamente estar organizados de modo simétrico.

3. Las Unidades Fiscales de Investigación

Un punto importante en la organización interna del Ministerio Público Fiscal tiene que ver con la especialización. En cuanto a la división en fueros de los fiscales, no existen en verdad demasiadas razones como para sostener este criterio de división de trabajo. Sería inimaginable que un estudio jurídico especialice a sus distintos abogados en “justicia federal”, o “justicia de instrucción”, o “justicia penal económica” o “justicia correccional”. **Especializar**, en el ámbito de la justicia penal, implica una formación orientada a “delincuencia medioambiental”, “delincuencia financiera”, “homicidios”, “accidentes de tránsito automotor”, “narcotráfico”, “terrorismo”, “derechos humanos”.

La facultad del jefe del organismo de distribuir sus recursos materiales y humanos -dentro de ciertas reglas prefijadas- con el fin de lograr mejores resultados es esencial en un organismo de las características del Ministerio Público Fiscal (en adelante, MPF). La posibilidad de armar grupos de trabajo que investiguen hechos sucedidos en determinado territorio, unidades especializadas integradas por fiscales y especialistas de otras disciplinas o equipos de trabajo cuya función sea prestar colaboración a los fiscales que lo soliciten, son dispositivos que el procurador general debe tener para ejecutar en forma estratégica la política de persecución penal del M.P.F.

Resulta indispensable el aprovechamiento de las instancias de especialización en cierto tipo de delincuencia. A tales fines es importante rescatar el valor del trabajo interdisciplinario. Por

ejemplo, la existencia de psicólogos y/o sociólogos y/o antropólogos en casos de “Derechos Humanos” o de contadores, en casos de delincuencia económica.

En este marco de la especialización, la “centralización” se refiere a la necesidad de organizar ciertas oficinas que abastezcan a todo el Ministerio Público²¹.

La persecución de estos delitos económicos y la creación de nuevos instrumentos para la reparación del daño, afectarán de manera inmediata la percepción que la comunidad tiene hacia las instituciones sociales, y además, permitirá al Estado contar con mayores recursos para cumplir con sus obligaciones en lo relativo al problema de la distribución.

La recuperación del patrimonio estatal afectado por hechos de corrupción podría realizarse a través de dos vías: el decomiso²² y las acciones civiles que tiendan a la indemnización de daños y perjuicios.

Estas son, en efecto, las dos formas de recuperación que prevé la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (ver sus arts. 31 y 35), que fue ratificada por el Congreso Nacional, según ley 26.097 (Promulgada el 6 de junio de 2006).

²¹ Actualmente, funcionan en el ámbito del Ministerio Público Fiscal, la Unidad contra Secuestros Extorsivos (UFASE), la Unidad de la A.M.I.A., UFITCO (Unidad Fiscal de Investigación de Delitos Tributarios y Contrabando), UFISES (Unidad Fiscal de Investigación de Delitos contra Seguridad Social), UFINSEX (Unidad Fiscal de Investigación de Delitos contra la Integridad Sexual), la de Violaciones de Derechos Humanos durante el Terrorismo de Estado, de delitos contra el medio ambiente (UFIMA), la UFI-RENAR, la UFI-LAVADO, la de Delitos contra la Administración Pública; entre otras.

²² El decomiso es una medida por la cual el Estado se apropia de manera definitiva de bienes que sirvieron para cometer un hecho ilícito (“instrumentos”) o de aquellos que son producto o ganancia de éste. En nuestro derecho, el decomiso fue tradicionalmente considerado como una pena accesoria. De esta manera lo concibió originalmente nuestro Código Penal, en su art. 23, en donde se prescribía que *“La condena importa la pérdida de los instrumentos del delito, los que, con los efectos provenientes del mismo, serán decomisados, a no ser que pertenecieran a un tercero no responsable”*.

Sin embargo, con la sanción de la ley de ética pública N° 25.188²³, esta concepción fue abandonada pues se introdujo la posibilidad de decomisar los bienes en poder de sujetos no condenados²⁴.

En cuanto a las reformas propuestas en materia de decomiso, se destaca las señaladas por Marcelo COLOMBO y Agustina STABILE²⁵: i) debería analizarse la posibilidad de independizar el decomiso de la condena criminal y permitir que éste pueda darse antes, con independencia de los estándares probatorios que se exijan para acreditar los supuestos de su procedencia; ii) Lo anterior permitirá que pueda decomisarse en casos en los que a pesar de que se evidencie un provecho derivado de un hecho ilícito (o un instrumento utilizado para la comisión de aquél) no fuera posible condenar penalmente a su autor por muerte, fuga o inimputabilidad²⁶.

²³Adla, LIX- E, 5292. El texto de la ley y los antecedentes parlamentarios que le dieron origen han sido objeto de publicación en la revista “Antecedentes Parlamentarios”, t.2000-A, p.451

²⁴Este cambio de perspectiva introducido por la ley 25.188, que permitió ver el decomiso a partir de entonces como una medida dirigida a impedir el provecho derivado de hechos ilícitos (sobre el que no existe ningún derecho de propiedad), se adecua a la forma en que este instituto es regulado por otros Estados (por ej. Estados Unidos). La recientemente adoptada Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción también se orienta en el sentido de posibilitar que el decomiso se dicte en forma independiente de la eventual condena criminal que recaiga en contra del autor del hecho ilícito.

²⁵Cf. COLOMBO Marcelo y STABILE Agustina, *Reformas legales necesarias en materia de recuperación de activos*, Buenos Aires, La Ley, 16 de agosto de 2005, p.3.

²⁶Por otro lado, los citados autores destacan que la acción indemnizatoria puede ser una vía bien eficaz para recuperar el patrimonio estatal afectado por hechos de corrupción. De hecho, ésta puede presentar notables ventajas respecto del decomiso (al menos, respecto de la regulación actual del decomiso que exige para su imposición necesariamente una condena penal). En este sentido, los citados autores consideran que debería considerarse la posibilidad de reformar los arts. 1101 y 1103 del Código Civil (y toda otra norma que establezca la litispendencia) de tal manera que lo único que impidan sea absolver civilmente antes de una condena penal (única hipótesis en donde existiría, propiamente, una “contradicción”), y que, por lo tanto, se elimine la exigencia de aguardar a una condena penal si lo que se intenta es condenar civilmente.

En el tránsito hacia un sistema de enjuiciamiento acusatorio, la figura del Ministerio Público Fiscal (en adelante, MPF) se robustece pues se trata de la figura encargada de la persecución penal y representante de los intereses de la sociedad. En este contexto, la especialización del MPF y la creación de Unidades Especiales, concretamente vinculadas con delitos económicos, evidencian, en particular, la plena autonomía del fraude fiscal. Ello así pues se reconoce, no sólo en el ámbito dogmático la independencia del fraude fiscal de la estafa común, sino también, en el ámbito procesal y de organización de la justicia, de un órgano encargado, específicamente, de llevar adelante todos los pasos necesarios para la aplicación de la específica ley sustantiva.

En el **derecho comparado** se ha utilizado la figura del Consejo como un órgano asesor del Procurador General en temas relacionados con el dictado de instrucciones generales, cuestiones de superintendencia, organización, administración de recursos y **creación de unidades especializadas**. En este sentido, la Ley orgánica chilena, por ejemplo, prevé que se pueda invitar a las sesiones del Consejo General a personas o instituciones que se estime conveniente por su experiencia profesional o capacidad técnica.

Vinculado con la temática de esta investigación, se destaca la creación de la ULDECO -Unidad Especializada en Lavado de Dinero, Delitos Económicos y Crimen Organizado- en **Chile**.

En **Alemania**, el efectivo esclarecimiento y persecución de los delitos económicos -sobre todo en los grandes procesos- exige no sólo un gran despliegue de recursos, sino también conocimientos especiales en economía y en derecho económico. El legislador se ha hecho cargo de estas peculiaridades ya desde finales de los años sesenta mediante el establecimiento de *fiscalías especializadas* y a comienzos de los años setenta con la apuntada creación de Salas o Cámaras en lo Penal Económico en los tribunales estatales, cuya competencia está

fijada por el aludido párrafo 74. Los fiscales son apoyados por especialistas en materia económica y expertos en auditoría que confeccionan informes no vinculantes. También en la Policía existen secciones especiales para el combate de la criminalidad económica, en las cuales funcionarios especialmente capacitados son apoyados por los llamados servicios de auditoría económica. Globalmente, estas medidas organizativas han resultado muy exitosas, al punto que de parte de la política criminal se aspira a su ampliación (entre otras materias, mejor intercambio de información, establecimiento de un sistema central de información, empleo reforzado de agentes encubiertos, etc.), las que deben satisfacer las exigencias del Estado de Derecho²⁷

Específicamente vinculado con el fraude fiscal, en **Alemania**, no obstante que la competencia originaria para la investigación y persecución de los delitos corresponde al Ministerio Fiscal (párrafo 152 y 160 StPO), la Ordenanza tributaria examinada contempla un singular reparto de competencias entre este órgano y la Administración Financiera en lo que la investigación de delitos tributarios se refiere. Esta competencia se atribuye, en efecto, a órganos especializados dentro de la Administración tributaria que desarrollan este procedimiento de forma independiente y con los mismos derechos y deberes que el Ministerio Fiscal en otro tipo de delitos, a pesar de que éste último conserve siempre la posibilidad de avocar para sí esta competencia (párrafo 386 IV 2 de la AO)²⁸.

²⁷Cf. LOUIS-WASSMER, *Sistemas penales comparados. Tratamiento de los delitos socioeconómicos. Alemania*, Traducción del Profesor Dr. Héctor HERNÁNDEZ BASUALTO (Santiago de Chile), publicado en la “Revista Penal”, Publicación semestral La Ley en colaboración con las Universidades de Huelva, Salamanca, Castilla-La Mancha y Pablo de Olavide de Sevilla, España, Enero de 2002, Nro. 9, págs. 168 y 169.

²⁸Se dice que el Ministerio Fiscal conserva en todo caso la posición de “dueño del procedimiento” (Sentencia del OLG de Stuttgart de 4.2.1991, Wistra 1991, pág. 190), lo que no implica, sin embargo, que la Administración esté sujeta a las instrucciones de la Fiscalía o que se convierta en un mero órgano auxiliar de aquella; Cf. CORDERO GONZÁLEZ, Eva María, *El delito fiscal en el ordenamiento alemán*, en “Revista Crónica Tributaria”, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 2007, Nro. 123, p.93).

Ya TIEDEMANN destacaba hace 15 años la importancia de la especialización con relación a todos los agentes que intervienen en la justicia²⁹. Así, el citado autor considera que el legislador y la administración de justicia alemanas han encontrado una punta de eficiencia para todos los grandes asuntos penales económicos mediante la Ley del Poder Judicial en su parágrafo 74 que hace posible una especialización de la jurisdicción penal mediante la creación de Salas penales económicas especializadas en el órgano jurisdiccional equivalente a las Audiencias Provinciales, que deciden sobre las querellas formuladas por las fiscalías especializadas en delitos económicos. En estas fiscalías especializadas colaboran singularmente, al lado de los fiscales, funcionarios expertos en ciencias económicas y empresariales (“relatores económicos”), de forma que los fiscales no estén limitados a los dictámenes periciales externos o de las partes. Este modelo alemán ha sido seguido por varios países europeos. Es particularmente interesante la experiencia francesa, que en principio quiso limitarse a una especialización de la fiscalía. Muy pronto se ha notado que de nada sirve tal especialización en la persecución penal si después el juez entiende poco de los problemas propios de estos asuntos. Por esto, hoy en día, también los jueces penales en Francia, al menos en las grandes ciudades, son jueces especializados.

En **España** se encuentra la Fiscalía especial para la represión de los delitos económicos relacionados con la corrupción (Ley 10/1995, de 24 de abril). Cabe tener en cuenta el art. 18 ter del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal por el cual se establece la instrucción de la fiscalía especial en los “casos de especial trascendencia” referidos a delitos contra la Hacienda Pública, contrabando, control de cambios, abuso o uso indebido de información privilegiada. Tiene sede en Madrid pero competencia en todo el territorio español. Su creación obedeció a la Recomendación R (81) del Comité de Ministros

²⁹Cf. TIEDEMAN, *El Derecho Penal Económico: visión global del derecho...ob. cit.*, págs. 28/29.

del Consejo de Europa, que aconsejó a los Estados Miembros crear “autoridades judiciales” para luchar contra la criminalidad de los negocios. El mencionado art. 18 ter del Estatuto Orgánico del MP encomienda a la Fiscalía de Delitos Económicos la práctica de diligencias de investigación y la intervención directa en los procesos penales en los que se enjuicie la comisión de hechos que a juicio del Fiscal General del Estado revistan “especial trascendencia” y pueda ser constitutivos de algunos de los delitos que el propio precepto enumera, entre los cuales se incluyen los que lesionan la Hacienda Pública.

La creación de esta fiscalía especial en materia de delitos económicos en España, destaca GUTIÉRREZ ZARZA³⁰, no fue acompañada por el legislador, en cuanto a la creación de órganos jurisdiccionales especializados con jueces y magistrados que cuenten con conocimientos específicos en materia mercantil, financiera o contable.

Cabe hacer mención al “*Proyecto alternativo de persecución penal europea*” que históricamente permaneció restringida a los más reducidos enfoques pero que ahora, en pocos años, ha experimentado una configuración temible mediante una labor ingente de los gobiernos reunidos en el Consejo Europeo y que, a través de un Proyecto de Tratado de una Constitución amenaza, según SHÜNEMANN, en convertirse en un macizo infranqueable para una crítica liberal acorde con los principios del Estado de Derecho. En lo que atañe específicamente a este capítulo, para lograr una adecuada protección de los intereses comunitarios (entre los cuales se encuentran aquellos vinculados con el fraude, conforme se analizó por la presente el *Corpus Iuris*) y con el fin de apoyar a las fiscalías nacionales en la persecución de la criminalidad transfronteriza (aún la económica), se postula la creación de una **Fiscalía Europea**,

³⁰Cf. GUTIÉRREZ ZARZA, *Investigación y enjuiciamiento...* ob. cit., págs. 103 y 125

la cual después asume y continúa el procedimiento en vez de las Fiscalías nacionales³¹.

En **Argentina**, encontramos la **Unidad Fiscal de Investigación de Delitos Tributario y Contrabando (denominada, U.F.I.T.Co)** que es un órgano creado en virtud de un convenio celebrado entre el Ministerio Público de la Nación, el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación y el Ministerio de Economía de la Nación, el 28 de diciembre de 1999 que luego fue ratificado por otro convenio, esta vez suscripto entre el Ministerio Público Fiscal, el Ministerio de Justicia y la Administración Federal de Ingresos Públicos -en adelante, A.F.I.P.- (del mes de junio de 2002), a partir de la **decisión política de mejorar los niveles en la investigación y sanción de los ilícitos tributarios**³².

La actuación de la U.F.I.T.Co desde su creación hasta la actualidad así como su marco reglamentario, se puede visualizar en la gestión de la misma en el ámbito de la Procuración General de la Nación en los Informes Anuales presentados al Congreso de la Nación³³, como así también en los informes trimestrales de gestión presentados desde el 2006 ante la Secretaría General de Coordinación Institucional de la PGN³⁴. No puedo ocultar que me comprenden las generales de la ley en lo que señalaré a continuación, desde que soy el titular de la UFITCo desde el mes de octubre de 2004 hasta la actualidad.

³¹ Cf. SCHÜNEMANN, Bernd, *Proyecto Alternativo de Persecución Penal Europea*, Traducido por Luis Carlos REY SANFIZ, cuadernos “Luis JIMÉNEZ DE ASÚA”, Madrid, Dykinson, 2007, Nro. 31, págs. 7 y 16.

³² Todo esto se encuentra reglamentado mediante las resoluciones de la Procuración General de la Nación Nos. 7/00, 23/00 y 61/04.

³³ Cf. Art. 32 de la Ley Orgánica del Ministerio Público N° 24.946. Los informes anuales presentados al Congreso de la Nación se pueden consultar en el website www.mpf.gov.ar en el link de la UFITCo, delitos tributarios y contrabando.

³⁴ Cf. Resolución PGN N° 106/06.

La importancia de la U.F.I.T.CO. radica esencialmente en la idea del establecimiento de un mecanismo más fluido de comunicación y colaboración entre la Administración Federal de Ingresos Públicos (A.F.I.P.) y el Ministerio Público Fiscal a fin de lograr sancionar a los grandes evasores y contrabandistas, y asimismo optimizar las tareas de fiscalización e investigación tanto de los ilícitos tributarios como del contrabando, como así también la violación de la ley de marcas, propiedad intelectual, el tráfico ilícito de bienes culturales, entre otros. A partir del establecimiento de la U.F.I.T.CO. se emprendió una visualización de manera general de los problemas existentes alrededor de la recaudación en la etapa de selección y fiscalización así como también en el seguimiento de los procesos judiciales que se hayan incoado sobre delitos fiscales (entre otros delitos económicos), brindando una colaboración técnica a los representantes del Ministerio Público Fiscal intervinientes en cada caso.

Principalmente, la U.F.I.T.CO fue creada con el objetivo final de incrementar el esfuerzo del estado en la persecución de los delitos de “cuello blanco” que afectan socioeconómicamente al país. Se tuvo en cuenta que se enfrenta un importante déficit fiscal que, en parte, está provocado por la falta de adopción de medidas represivas contra aquellos ciudadanos que, burlando los controles del estado, ingresan menos dinero del correspondiente al fisco nacional, a través de maniobras de evasión tributaria y previsional y/o de contrabando, e incluso, en algunos casos, se apropian de dinero perteneciente al estado a través del uso indebido de regímenes promocionales.

Una de las metas que se ha fijado la U.F.I.T.CO. es la de persuadir a la población de que tanto la evasión tributaria y previsional como las actividades de contrabando, resultan altamente riesgosas, por cuanto existe una enorme probabilidad de ser descubierto, denunciado y eventualmente, condenado.

Con ello, también se pretende aumentar la credibilidad del sistema de justicia penal, que, a raíz de las deficiencias en la persecución de este tipo de delitos, provocadas por una serie de razones vinculadas con el diseño e implementación de las políticas criminales, termina condenando a los integrantes de aquellos sectores que también son castigados socioeconómicamente. El objetivo final de la U.F.I.T.CO. es el de revertir esta tendencia, y para ello, incrementar los esfuerzos de persecución penal hacia aquellos delitos que son cometidos por sectores privilegiados, y que castigan al país en su conjunto y a los integrantes de la sociedad argentina, por el impacto macroeconómico que conllevan.

En cuanto a la metodología de trabajo de la UFITCO, se realizan “investigaciones preliminares” —en el marco de las facultades del art. 26, 2º parte de la Ley Orgánica del Ministerio Público— y, una vez culminadas, se presentan denuncias penales que serían adjudicadas por los procedimientos previstos a los fiscales que correspondan. Se destaca que entre las atribuciones del Ministerio Público, la Ley Orgánica establece que, en general, los fiscales podrán ordenar medidas de prueba *directamente* (art. 26, primer párrafo), y cuando el fiscal fuera el que recibiera la *noticia criminis* la ley determina que *tiene el deber*³⁵ de realizar diligencias o medidas que tiendan a asegurar la efectividad de la acción penal (art. 26, segundo párrafo). Sobre la base de aquellos deberes y facultades se ha establecido la facultad de los representantes del Ministerio Público Fiscal de iniciar “investigaciones preliminares” término que denota tanto aquellas investigaciones que se desarrollan *paralelamente* a las actuaciones judicializadas, como aquellas que se inician con anterioridad a estas últimas (y de las cuales muchas veces son su antecedente)³⁶. En este sentido, la

³⁵Ese deber se encuentra determinado por la obligación que pesa en cabeza del Ministerio Público Fiscal de denunciar e investigar los delitos de acción pública (art. 71 C.P. y 5 del C.P.P.N.), y por la criminalización del incumplimiento de aquella obligación (art. 274 C.P.).

³⁶Así lo ha determinado el Procurador General de la Nación (cf. Res. PGN 121/06).

U.F.I.T.CO selecciona los casos que considera más relevantes, en función del monto evadido, de la complejidad o novedad de la maniobra delictiva utilizada, o del impacto dañoso en la economía del país. En el marco de estas investigaciones, se labran actas testimoniales, se libran oficios a distintas dependencias públicas o privadas para recolectar información pertinente y toda otra medida que intente recabar la mayor cantidad de elementos probatorios. Asimismo algunas de estas investigaciones preliminares se realizan con el apoyo de distintas fuerzas de seguridad que son convocadas a tales efectos.

En este punto, un fallo reciente de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico, Sala “A”, ratificó la autonomía de investigación del Ministerio Público Fiscal³⁷, convalidándose el criterio que ya venía sosteniendo la Sala “B” del citado tribunal³⁸. Por la citada jurisprudencia de la Sala “A” se avalaron las tareas de investigación preliminar de un organismo especial del Ministerio Público (U.F.I.T.CO) llevadas adelante sin anoticiamiento al juez competente. Se circunscribió la posibilidad de anular actos procesales sólo cuando ya exista un proceso judicial³⁹. Además, la intervención de la U.F.I.T.CO. debía reputarse válida en tanto no se practicaron medidas coercitivas ni que afecten derechos de terceros. En un fallo más reciente la Sala IV de la CNCP⁴⁰, consolida una posición que ya se venía evidenciando por anteriores pronunciamientos de la Procuración General de la Nación y de otros tribunales colegiados en cuanto al reconocimiento de las facul-

³⁷Cf. C.N.A.P.E., Sala “A”, Reg. N° 169/2005 del 15 de abril de 2005.

³⁸Cf. C.N.A.P.E., Sala “B”, Reg. N° 687/2003 del 8 de octubre de 2003

³⁹ Cf. BORINSKY, Mariano, *Validez de las investigaciones preliminares en la UFITCO. Análisis legal, doctrinario y jurisprudencial*, en “Revista de Derecho Penal y Procesal Penal”, Directores D’ALESSIO-BERTOLINO, Buenos Aires, Lexis Nexis, N° 11/2007, noviembre de 2007, p.2179/2187.

⁴⁰Cf. Cámara Nacional de Casación Penal, Sala IV, “De Vincentis” Registro 14.388 del 29 de diciembre de 2010; fallo comentado por BORINSKY, Mariano Hernán, *La autonomía de investigación del Ministerio Público Fiscal*, en “Revista de Derecho Penal y Procesal Penal”, Buenos Aires, Abeledo Perrot, mayo de 2011.

tades autónomas de investigación del Ministerio Público Fiscal mediante la realización de “investigaciones preliminares”, que constituyen un fiel reflejo del mandato constitucional y de un sistema de enjuiciamiento criminal moderno tendiente a fiscales proactivos en la promoción de la acción de la justicia, la defensa de los intereses generales de la sociedad y la custodia en la legalidad del procedimiento. Una vez recolectados la mayor cantidad de elementos probatorios, la U.F.I.T.CO. elabora y presenta, las denuncias penales pertinentes ante el fuero que corresponda (ante el fuero penal tributario y penal económico, en la ciudad de Buenos Aires y, en el fuero federal, en el interior del país).

Se destaca la importancia de la investigación preliminar en el ámbito nacional en la persecución de la evasión tributaria por el papel trascendente del procedimiento previo a la instancia judicial en este tipo de casos, cual es el de fiscalización y determinación de oficio, regulada por la denominada “Ley de Procedimiento Fiscal” N° 11.683 (t.o. decreto n° 821/98).

Por último, se resalta el resguardo constitucional del debido proceso legal en el ámbito de la investigación preliminar mediante el dictado de la Resolución PGN N° 121/06 por la cual se estandariza, se fijan plazos de duración y se determina el modo de comunicación entre el Ministerio Público Fiscal y el juzgado instructor, con relación a las investigaciones preliminares.

Se observa el aporte relevante que las unidades especializadas pueden proveer a los intereses generales de la sociedad argentina, en defensa de la legalidad.

No cabe soslayar que en algunos casos, se encuentra prevista en el ámbito nacional la posibilidad que el organismo fiscal solicite ser parte querellante, y como tal, impulse el proceso penal, proponga diligencias probatorias, recurra y acuse en

juicio oral⁴¹. Esta posibilidad quedará condicionada a la voluntad del organismo fiscal nacional de intervenir en el caso que entienda conveniente y a la decisión jurisdiccional de tener al organismo como parte querellante.

4. A modo de Colofón

En cuanto a la **necesidad de la existencia de fueros especializados para combatir la delincuencia económica**, Carlos LASCANO (h) considera, luego de efectuar un análisis de la experiencia recogida con el fuero en lo penal económico en la Provincia de Córdoba, que resulta aventurado pronunciarse sobre la conveniencia de investigar y enjuiciar la delincuencia económica (así como la corrupción administrativa) mediante un fuero penal especializado, o hacerlo a través del fuero común. Ello así pues el mencionado autor cree que, más que el sistema legal que pueda adoptarse para reducir la corrupción pública -y combatir la delincuencia económica- es fundamental la existencia de una verdadera voluntad política en pos de dicho objetivo, que permita remover las condiciones que han posible aquellos fenómenos⁴².

⁴¹Del juego normativo de los arts. 82 del CPPN y 23 de la ley penal tributaria 24.769. Por el art. 82 del CPPN se establece que: “*Toda persona con capacidad civil particularmente ofendida por un delito de acción pública tendrá derecho a constituirse en parte querellante y como tal impulsar el proceso, proporcionar elementos de convicción, argumentar sobre ellos y recurrir con los alcances que en este Código se establezcan*”. A su vez, por el art. 23 de la ley 24.769 se establece que: “*El organismo recaudador podrá asumir, en el proceso penal, la función de querellante particular a través de funcionarios designados para que asuman su representación*”.

⁴²Cf. LASCANO (h), Carlos, *Fuero especializado para la investigación y enjuiciamiento de la delincuencia económica y la corrupción administrativa*, en AAVV, *Delincuencia económica y corrupción*, David BAIGÚN y Nicolás GARCÍA RIVAS (Directores), Bs. As., Ediar, 2006, p.69.

Entiendo que se trata de **un conjunto de factores los que permitirán combatir la delincuencia económica y tornar eficiente el sistema de administración de justicia en esta específica rama del ordenamiento jurídico penal:**

- 1) el establecimiento de una ley penal tributaria con tipos penales y sanciones adecuadas para esta clase de conductas que afectan el orden público económico;**
- 2) un ordenamiento procesal adecuado para aplicar las leyes de fondo**
- 3) organismos especializados para la persecución penal de esta clase de delitos y tribunales, también especializados, encargados de su juzgamiento;**
- 4) la firme decisión política de combatir la delincuencia económica.**




Derecho Penal Económico

Por Alejandro Catania¹

¹ Juez en lo Penal Económico, Buenos Aires, Argentina.

1. Derecho Penal. Concepto y Fin.

Bienes Jurídicos

Existe un alto grado de coincidencia en la doctrina con respecto a que el derecho penal concentra a todos los preceptos que regulan los presupuestos o consecuencias de una conducta conminada con una pena o una medida de seguridad y corrección.

La pena y la medida de seguridad –como sistema de doble vía²– son el punto de referencia común a todos los preceptos jurídicopenales; por lo tanto, en un sentido formal, el derecho penal se define por sus sanciones; así, un precepto pertenecerá al derecho penal, no por regular normativamente infracciones a mandatos o prohibiciones –esto lo hacen también los preceptos de otras ramas del derecho–, sino porque es sancionado con una pena.

También existe coincidencia en que, a diferencia del derecho civil, y toda vez que el derecho penal no se basa en el principio de equiparación, sino en el de subordinación del individuo al poder del Estado –que se le enfrenta ordenándole por medio de una norma penal–, es parte integrante del derecho público.³

² Cf. ROXIN, Claus, *Derecho Penal, Parte General, Tomo I. Fundamentos de la estructura de la Teoría del Delito*, traducido y notas por LUZÓN PEÑA- DÍAZ-GARCÍA CONLLEDO-REMESAL, Madrid, Civitas S.A., 1997, p. 41.

³ Cf. ROXIN, Claus, op cit. p. 43.

En este sentido, por el derecho penal se utiliza un modelo de decisión de un conflicto de carácter punitivo (por oposición a los modelos: reparador, conciliador, correctivo y terapéutico), por lo que puede definírsele como: “*al conjunto de leyes que programan la decisión de conflictos mediante una coerción que priva de derechos o infiere un dolor (pena) sin perseguir un fin reparador ni de neutralización de un daño en curso o de un peligro inminente*”⁴.

Por otro lado, la función del derecho penal sería la protección de la convivencia humana pacífica en la sociedad, cuya realización se alcanzará por el castigo de las infracciones jurídicas ya cometidas (naturaleza represiva) y por la previsión de infracciones que puedan cometerse en el futuro (función preventiva)⁵. En este sentido, el derecho penal, en cuanto procura alcanzar sus fines declarando ciertos comportamientos como indeseables y amenazando su realización con las sanciones más rigurosas del ordenamiento, es un instrumento del *control social*: “*El Derecho Penal descansa en el poder punitivo (“ius puniendi”) del Estado, y éste constituye a la vez una parte del poder estatal. Pertenece a las tareas elementales del Estado la creación e imposición de un orden jurídico, porque sin él sería imposible la convivencia humana...*”⁶.

Como ya se ha enunciado la característica formal del derecho penal, resta ahora abordar la cuestión de su contenido material, esto es, cuál podrá ser su contenido y hasta dónde llegar sus límites.

En este sentido, quedó expuesto que la “*misión del Derecho Penal es proteger los valores elementales de la vida en comu-*

⁴ Cf. ZAFFARONI, Eugenio R, *Derecho Penal. Parte General*, 2da. Edición Buenos Aires, Ediar, 2002, p.37.

⁵ Cf. JESCHECK, Hans-Heinrich; *Tratado de Derecho Penal, Parte general*”, 4ta. Edición, Granada, Comares, 1993, p.3.

⁶ Idem, p.9.

nidad”⁷. Asimismo: “*Toda acción humana, para bien o para mal, está sujeta a dos aspectos valorativos diferentes. Puede ser valorada de acuerdo a un resultado que origina (valor de resultado o material), y también, independientemente del logro del resultado, según el sentido de la actividad como tal (valor de acto)... Ambas formas de valor son importantes para el Derecho Penal. El Derecho Penal quiere proteger antes que nada determinados bienes vitales de la comunidad (valores materiales)... esta protección de bienes jurídicos la cumple en cuanto prohíbe y castiga las acciones dirigidas a la lesión de bienes jurídicos. Luego, se impide el desvalor material o de resultado mediante la punición del desvalor de acto. Así, asegura la vigencia de los valores ético-sociales de carácter positivo, como el respeto a la vida ajena...*”.

“*Estos valores del actuar conforme a derecho, arraigados en la permanente conciencia jurídica (es decir, legal, no necesariamente moral) constituyen el trasfondo ético-social positivo de las normas jurídico-penales. El Derecho Penal asegura su real acatamiento, en cuanto castiga la inobservancia manifestada a través de acciones desleales... La misión central del Derecho Penal reside, pues, en asegurar la vigencia inquebrantable de estos valores de acto, mediante la conminación penal y el castigo de la inobservancia de los valores fundamentales del actuar jurídico manifestada efectivamente*”⁸.

El concepto de bien jurídico en relación al derecho penal debe interpretarse como un elemento limitativo y no, por el contrario, como un elemento legitimante del poder punitivo del Estado (ni de *lege lata*, ni de *lege ferenda*)⁹. En efecto, por una utilización limitativa del concepto de bien jurídico se conclu-

⁷ Cf. WELZEL, HANS; *Derecho Penal Alemán*; traducido por BUSTOS RAMÍREZ y YÁNEZ PÉRES; Editorial, 11ª. Edición, Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1993, p. 1.

⁸ Idem, P.1-2.

⁹ Cf. ZAFFARONI, Eugenio R, op. cit. p.486 y ss.

ye que las “*meras inmoralidades*” o el “*finalidades puramente ideológicas*”¹⁰ no podrán formar parte del derecho penal por inexistencia del bien jurídico a proteger. Asimismo cobrará relevancia el principio de lesividad.

La posición legitimante implicaría, por un lado, que allí donde se individualice un bien jurídico deberá existir una protección del derecho penal, sin que se aprecie realmente esta necesidad, toda vez que debe recordarse que existen diversos modelos de solución de conflictos, que algunos de estos conflictos pueden resolverse plenamente por fuera del derecho penal, y que pensar lo contrario daría por tierra con el principio de *ultima ratio*, protección subsidiaria y naturaleza fragmentaria del derecho penal.

Por otro lado, una interpretación legitimante podría llevar a la conclusión de que si existe una norma penal creada por el legislador entonces ese conjunto de valores que por aquélla se pretende proteger es necesariamente un bien jurídico protegido, porque “*las normas penales tutelan bienes jurídicos*”, lo que implicaría una falacia argumentativa.

Asimismo, no podemos dejar de ponderar que una de las problemáticas actuales relacionadas con el derecho penal resulta ser la expansión del derecho penal, circunstancia que se lleva a cabo por la utilización de distintos medio o instrumentos. HASSEMER explica que en el derecho penal material las reformas actuales se caracterizan por:

- “*el interés por combatir con celeridad y urgencia los problemas más ampliamente difundidos por los medios de comunicación y que por eso, son sentidos por la opinión pública como más amenazantes: criminalidad económica y financiera, delito ecológico,...*”

¹⁰Cf. ROXIN, Claus, op cit. p. 52 y ss.

- *la protección preferentemente de bienes jurídicos universales tales como la salud pública o el medio ambiente, en lugar de los tradicionales bienes jurídicos individuales;*
- *el creciente empleo de los delitos de peligro abstracto que prescinden de presupuestos de la pena, tales como el resultado o la causalidad y permiten imponer una pena sólo con que el sujeto realice una acción peligrosa...;*
- *la eliminación de los diversos grados de la imputación jurídico – penal (tentativa – consumación; complicidad – autoría);*
- *un aumento sensible de las penas con evidente fines preventivo – generales intimidatorias¹¹”. (el resaltado no es del original).*

El problema entonces radica en determinar cuál es el límite a la expansión de este nuevo derecho penal, hasta dónde le estaría permitido avanzar para dar una respuesta funcional a los nuevos riesgos y cómo incide esto en la noción fundamental de bien jurídico y su función limitadora.

Uno de los aspectos importantes de la expansión que se mencionó –o, más específicamente, ese adelantamiento del derecho penal– se produce a partir de la protección –al menos supuesta– de bienes jurídicos colectivos.

Para su análisis, partiré de la distinción que hace CEREZO MIR¹² entre *bienes jurídicos colectivos* y *bienes jurídicos supraindividuales*. El citado autor determina que los primeros tienen un carácter intermedio y son un mero instrumento para la protección de bienes jurídicos individuales (en el lenguaje

¹¹ Cfr: HASSEMER, Winfried, *Persona, mundo y responsabilidad*, Ed. Tirant Lo Blanch, ps. 30-31.

¹² Cfr: CEREZO MIR, Juan, *Los Delitos de Peligro Abstracto*, en Revista de Derecho Penal 2001-2 Garantías Constitucionales y Nulidades Procesales-II, Rubinzal-Culzoni Editores, Marzo 2002, Santa Fe, ps. 719-746.

de JAKOBS¹³: *normas flanqueantes*); y los segundos serían: la fe pública, la administración de justicia, la administración pública y la seguridad del Estado. En algunos casos, como, por ejemplo, el medio ambiente, podrá ser un bien jurídico colectivo si es concebido de un modo antropocéntrico (donde la vida es el bien jurídico individual), mientras que si se lo concibe de un modo ecocéntrico será un bien jurídico supraindividual.

Asimismo, afirma aquel el autor que no es posible dotar a los bienes jurídicos colectivos de un carácter autónomo sin referencia a los bienes jurídicos individuales pues de lo contrario los delitos de peligro abstracto serían entonces delitos de lesión.

En definitiva, CEREZO MIR afirma que los bienes jurídicos supraindividuales están legitimados *per se* para su *protección* penal, mientras que los bienes jurídicos colectivos lo están por su relación con el bien jurídico individual (que ya se encuentra legitimado). Pero de dónde proviene esa legitimación que caracteriza a los bienes jurídicos supraindividuales (y obviamente a los individuales) que no poseen los bienes jurídicos colectivos. Esa respuesta no sólo servirá para distinguirlos sino también para evitar que los colectivos traten de convertirse en supraindividuales (allí encontraremos el primer límite). En este sentido, considero que aquella legitimación proviene de la Constitución Nacional. No será la doctrina ni el legislador quienes determinen si un bien jurídico es de una u otra clase.

A partir de esas diferencias se puede determinar el tratamiento que deberá darse a cada uno. En el caso de los bienes jurídicos supraindividuales, al ser autónomos en cuanto a su legitimación, no son ya delitos de peligro a los que subyacen, sino de lesión, como adelantara CEREZO MIR¹⁴. Así, podrá criminalizarse entonces, por ejemplo, el desecho de residuos radiacti-

¹³Cf. JAKOBS, Günther, *Criminalización en el estadio previo a la lesión del bien jurídico*, Estudios de Derecho penal UAM, Madrid 1999, p. 293.

¹⁴A la misma conclusión parece llegar JAKOBS. Ver al respecto JAKOBS, Günther; *Criminalización en el estadio previo a la lesión del bien jurídico* Estudios de Derecho penal UAM, Madrid 1999, p.293, nota 22.

vos a los ríos no porque ello genere un *peligro* (sea concreto o abstracto) para la salud, sino porque *lesiona* al medio ambiente que es un bien digno de interés por sí mismo (al menos de acuerdo con nuestra Carta Magna).

Por supuesto que el hecho que el juicio de lesividad no esté basado en la certeza absoluta limita la gravedad material del injusto, lo que debe ser tenido en cuenta a la hora de la determinación legal de la sanción por parte del legislador.

En definitiva, la protección penal de bienes jurídicos colectivos y supraindividuales reflejan la expansión a la que es sometido el derecho penal. Los primeros son casos de expansión cualitativa (anticipación punitiva) producto de la necesidad de protección del mero peligro, y los segundos de expansión cuantitativa (por el reconocimiento de nuevos bienes jurídicos) ante la necesidad de interesarse en lo que antes se daba por supuesto.

Desde un punto de vista diferente al expuesto se ha expresado que: *“La teoría del bien jurídico-sin embargo- no tiene en sí misma las posibilidades de limitar el uso del derecho penal sólo a la protección de bienes jurídicos”*.

En todo caso, en la medida en la que prácticamente todo interés, toda finalidad o cualquier función del sistema social se puede considerar un bien jurídico, la capacidad limitadora del concepto de bien jurídico es, en verdad, nula. Más aún, las limitaciones del ius puniendi no surgen de la reducción del concepto de delito a la protección de bienes jurídicos... sino de los valores superiores del ordenamiento jurídico...: la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes y el libre desarrollo de la personalidad”.¹⁵

¹⁵ Cf. BACIGALUPO, Enrique; *Derecho penal. Parte general*, 2da. edición, Hamurabi, Buenos Aires, 1999, p 44.

2. Derecho Penal Económico¹⁶

Para comenzar, resultará útil tratar de establecer, someramente, qué es lo que se debe entender por “delito económico”. Y cabe adelantar que la problemática radicarán más bien, no en el área de “delito”, sino de lo “económico”.

Así, se entiende por sistema económico al conjunto de las estructuras (factores, instituciones y normas) que se encuentran organizadas para satisfacer necesidades de los hombres a través de la utilización de los medios y de los recursos disponibles. Los sistemas económicos son arreglos históricamente constituidos, a partir de los cuales los agentes económicos emplean recursos para la producción, distribución y el uso de los productos generados, dentro de mecanismos institucionales de control y disciplina. Aquellos mecanismos involucran desde el empleo de los factores productivos hasta las formas de actuación, las funciones y los límites de cada uno de los agentes.¹⁷

Coincidentemente, expresa BOTTKE¹⁸ que delito económico en sentido amplio puede ser entendido como el comportamiento delictivo de personas que en las unidades económicas

¹⁶Para mayor abundamiento y profundidad en el tema también se puede ver: MARTÍNEZ-BUJAN PEREZ, Carlos, *Derecho penal económico. Parte General*, Tirant lo blanch, Valencia, 1998; y MUÑOZ CONDE, F; *Delincuencia económica: estado de la cuestión y propuestas de reforma*; SAN MARTÍN LARRINOVA, Begoña, *Derecho penal económico y delito tributario*; y SIEBER, Ulrich, *Estado de la evolución y perspectivas del derecho penal económico europeo*, todos ellos en: “*Hacia un derecho penal económico Europeo - Jornadas en honor del Profesor Klaus Tiedemann*” Estudios Jurídicos, 1995.

¹⁷Cf. CARRILLO, Julio, *El derecho y las instituciones, su importancia en la economía* en “*Derecho Económico*”, suplemento especial de La Ley, febrero de 2004 p.31 y ss.

¹⁸Cf. BOTTKE; *Sobre la legitimidad del derecho penal económico en sentido estricto y de sus descripciones típicas específicas* en “*Hacia un derecho penal económico Europeo - Jornadas en honor del Profesor Klaus Tiedemann*” Estudios Jurídicos 1992, pag 637 y ss.

de producción o distribución de bienes o prestación de otros servicios poseen posiciones que posibilitan la delincuencia en relación a estas unidades económicas y que el delito económico en sentido estricto pretende la protección de las condiciones esenciales de funcionamiento del sistema económico respectivo y eventualmente dado al legislador.

Miranda GALLINO¹⁹ manifiesta que delito económico es la conducta punible que produce una ruptura en el equilibrio que debe existir para el normal desarrollo de las etapas del hecho económico; o bien la conducta punible que atenta contra la integridad de las relaciones económicas públicas, privadas o mixtas y que como consecuencia ocasiona daño al orden que rige la actividad económica o provoca una situación de la que puede surgir este daño.

BAIGÚN explica las bases para un concepto de delito económico desde un punto de vista funcional, en el cual el eje de la definición gira al rededor de la acción de los grupos económicos, corporaciones privadas, públicas o semi-públicas a través de la utilización de sus mecanismos institucionales, comprendiendo también a las personas físicas cuando el daño asume características supra-individuales, obteniendo como resultado de la acción una “dañosidad social”, entendida como lesión a la actividad interventora y reguladora del Estado en la economía y también los intereses sociales de la mayoría de la población.

Toda vez que a menudo los delitos económicos terminan por incidir en el patrimonio individual y, del mismo modo, algunos delitos patrimoniales tienen frecuentemente un ámbito de influjo que trasciende lo meramente privado, estos aspectos no resultan suficientes para su clara diferenciación. En este senti-

¹⁹Cf. MIRANDA GALLINO, *Delitos contra el orden económico*, Ed. Pannedille, p. 25.

do, los delitos económicos suponen la lesión a bienes jurídicos supra-individuales y resultan, frecuentemente, pluriofensivos, o al menos, con capacidad para realizar una afectación patrimonial de aquellas características²⁰.

También, de modo genérico, poseen características distintas en el ámbito de los sujetos activos. En efecto, si se tienen en cuenta las características de los autores, los delitos económicos son “*delitos de gente inteligente, avezada en los negocios, conocedora de las leyes y reglamentos y de las artimañas para eludir sanciones, influyente por su poder corruptor, y que tiene relaciones mundanas, políticas y con los funcionarios*”²¹.

La idea de vincular esta clase de delitos con la corrupción de los poderes del Estado fue reconocida por la C.S.J.N. desde antaño: “*...este tipo de delincuencia económica, de difícil prevención y castigo, no sólo lesiona el patrimonio nacional sino que también su influjo corruptor puede penetrar en las esferas de la administración pública, de cuya connivencia incluso suele depender*”²².

Desde este punto de vista, resulta obligatorio hacer referencia a la obra de SUTHERLAND²³ por la cual se puso de manifiesto la existencia de un tipo de delincuencia que resulta privativa de aquellas personas que ocupan posiciones de privilegio en la relación social y que permanecen al margen del sistema represivo penal; aunque en la actualidad se haya desplazado el eje de la atención desde el “*delincuente económico*” hacia el “*delito económico*”.

²⁰Cf. GONZALEZ RUS, Juan Jose, *Aproximación a los delitos contra el orden socioeconómico en el proyecto de código penal de 1992*, en “Hacia un derecho penal económico...”, ps. 167 y ss.

²¹Cf. BIELSA, Rafael, “Lineamientos de derecho penal fiscal”, en *La Ley*, T. 28, p. 928-940.

²²Fallos: 249:226

²³SUTHERLAND, E.H., “*White Collar Crime*”

Varias décadas después, desde un punto de vista criminológico, y tomando aquel trabajo como punto de partida, se “*ha venido destacando que cada clase social genera una violencia que es específica a dicha clase social, que cada clase social tiene su propia criminalidad y que, sin embargo, la distribución del control de esa violencia y de esa criminalidad es desigual.*”^{24 25}.

Para obtener una completa visión de las cuestiones que rodean a este sector del derecho penal, debe tenerse en cuenta que el Derecho Penal Económico cobra mayor relevancia si se tienen en cuenta los alcances de su regulación.

En efecto, si se aprecia el sistema economicista que rige el mundo, donde la acumulación de capitales importa el control del poder, y la posibilidad de injerencia en economías estatales y hasta regionales, ciertos manejos económicos que afectan al Orden Público Económico del Estado directamente, y a la posibilidad de cumplimentar con sus deberes esenciales (justicia, salud, educación) indirectamente, trascienden el ámbito puramente comercial, y merecen una mayor protección por parte del Estado.

Esta protección, por la importancia del valor social tutelado, amerita la utilización de la última ratio, a efectos de eliminar los abusos del sistema que se manifiestan sumamente contrarios y perjudiciales al Bienestar Social, por intermedio de la lesión del orden público económico. Pues es desde el punto de vista del derecho, de donde debe ponerse un límite a las actividades que redundan en perjuicio de la sociedad.

²⁴ Cf. HORMAZABAL MALAREE, Hernan, *Los delitos socioeconómicos, el bien jurídico, el autor, su hecho y la necesaria reforma del sistema penal español*, en “Hacia un derecho penal económico...”, ps. 187 y ss.

²⁵ Con mayor profundidad: AFTALIÓN, Enrique, *Las sanciones en el derecho penal económico* L.L. T.90 ps. 701 y ss.; VIRGOLINI, Julio, *Delito de cuello blanco. Punto de inflexión en la teoría criminológica*, Doctrina Penal, N°46/47 ps. 353 y ss. y GARCÍA-PABLO DE MOLINA, Antonio, *Reflexiones criminológicas y político-criminales sobre la criminalidad de “cuello blanco”*, ps. 545 y ss.

Sin embargo, el derecho penal económico argentino, no es más que un puñado, de algunas leyes desestructuradas sin un sistema único que las normativice.

Las descripciones típicas, en numerosas ocasiones, atentan pura y llanamente contra la misma norma, es decir, que se ha empleado una técnica legislativa tan carente de efectividad que contradice cualquier intención de proscribir un actuar pernicioso para el sistema económico del Estado.

Sin duda alguna, la imposición de requisitos demasiados genéricos, o peligros de imposible prueba, o afectaciones de imposible cálculo, resultados de imposible atribución individual, hacen que la interpretación restrictiva que rige el derecho penal, den por tierra la posibilidad de subsunción de las conductas desplegadas en los tipos previstos. Estas normas, simplemente, cumplen con una función simbólica, por cuanto dan la falsa imagen de tutela jurídica penal frente a la trasgresión normativa.

En este sentido la ley penal no ha hecho otra cosa que revestir de un marco mayor de seguridad a las conductas desplegadas por las empresas, las que a partir de la legislación penal han adquirido un campo protector aún mayor en las garantías constitucionales en materia penal. A esto, debe sumársele la benevolencia con la que son conminados estos delitos, y la falta de un verdadero reproche social frente a estas conductas, que en muchas ocasiones son observadas como el simple quebranto de algunas “*reglas de juego*”.

Por ello, no es posible hacer a un lado, que otra de las características de los delitos económicos es el alto grado de impunidad del que gozan quienes los cometen.

Por último, debe resaltarse que por la delincuencia económica no se persiguen solamente intereses supra-individuales, pero

nacionales, sino que por el contrario puede plantearse que determinadas conductas podrían afectar a un bloque económico formado por diversos países; por lo tanto, será también tema del derecho penal internacional la apreciación de las formas delictivas a las que venimos haciendo alusión. Inclusive, en aquellos casos en que la afectación sea exclusivamente un interés de un Estado en particular creo que podría tornarse de utilidad un enfoque global de las maniobras, pues no puede olvidarse que otra de las características de estos delitos es la transnacionalización.²⁶

3. Delitos Tributarios. Bien jurídico

Los efectos y consecuencias de los principios expresados por los párrafos que anteceden, impregnan todos los subsistemas del derecho penal económico. A modo de síntesis y expresión concreta, resulta útil observar su aplicación con relación a la determinación del Bien Jurídico protegido en el régimen penal tributario.

Precedentemente se puso en evidencia que las sanciones penales se utilizan de manera exclusiva para aquellas conductas intolerablemente antisociales que son vistas por la sociedad con alarma y repulsión, en tanto agreden un conjunto de valores imprescindible para la vida en comunidad.

También, se expresó que algunos de estos bienes susceptibles de protección se encuentran íntimamente relacionados con el mantenimiento de la vigencia del orden público económico, dentro del cual corresponde visualizar aquellas conductas que

²⁶Sobre transnacionalización ver: Introducción al tema del congreso, en el ámbito de *L'internationalisation des sociétés contemporaines dans le domaine de la criminalité et les réponses du mouvement de défense sociale- Actes du XI Congrès international de défense sociale*; La Ley, 1986, pag 74; BEIDERMAN; B, *Dimensions Criminologiques* y BERIA; RESTA Y CAMPIGLIO, *Aspects socio-Economiques*, ambos, en la publicación previamente mencionada y WARS-CHAUVER Eduardo, *Castigar a las transnacionales: un ensayo de futurología en política criminal*, p. 112 y ss.

se persiguen por medio del derecho penal tributario.

Sin perjuicio del respeto que debe dársele al principio de mínima intervención penal, la doctrina en general coincide en que a las conductas fraudulentas vinculadas al sistema tributario que acarreen consecuencias altamente dañosas socialmente debe incluírseles en el marco de la legislación penal delictual y la realización de las conductas prohibidas u ordenadas por aquellas normas ser objeto de sanciones que trasciendan el ámbito penal infraccional no delictual.

Sin embargo, la elaboración de un concepto unívoco del bien jurídico tutelado por el derecho penal tributario no parece haberse alcanzado, por lo que deviene necesaria la exposición de las distintas y divergentes posiciones a este respecto.

a) El delito tributario como delito sin bien jurídico.

Esta posición doctrinal se relaciona directamente con aquellos autores que pretendían la existencia de una diferencia ontológica y sustancial entre los ilícitos administrativos y los ilícitos penales. Bajo esta idea, GOLDSCHMIDT, WOLF y SCHMIDT²⁷ basaban la diferenciación cualitativa entre ambos grupos de casos en que mientras que por los ilícitos penales se lesionaban los intereses vitales jurídicamente tutelados, por el ilícito administrativo se lesionan los intereses de la Administración, en tanto bienes administrativos, por lo que son ilícitos *ética, social y culturalmente indiferentes*.

Desde este punto de vista, y toda vez que la característica esencial de las infracciones administrativas (infracciones de policía y financieras) constituyen simplemente la viola-

²⁷Cf. AYALA GÓMEZ, Ignacio, *El delito de defraudación tributaria: art. 349 del código penal*, Civitas, Madrid, 1988, p 30 y ss.

ción de una orden de la Administración Pública (que tiende a la satisfacción del bien público), los delitos administrativos serían delitos *puramente formales* y no se corresponderían con las conductas reprobables socialmente.

Es posible encontrar idéntica argumentación si se considera a la relación existente entre el Estado y los contribuyentes como una mera sujeción de éste con respecto a aquél. En efecto, si la imposición de estos deberes resulta ejercicio de poder en abstracto originado en la supremacía del Estado sobre sus administrados, entonces la norma tributaria carecería de un contenido sustancial de intereses relevantes por lo que el no acatamiento de la norma representaría una simple desobediencia.

Sostener una posición semejante representaría implantar la prisión por deudas y sostener la existencia de delitos carentes de todo contenido material de injusto, lo que actualmente sería inadmisibile.^{28 29}

b) El delito tributario como delito contra el orden socioeconómico.

Anteriormente, se ahondó sobre las distintas nociones de la conceptualización de los delitos económicos y se catalogó al delito tributario como una sub-clase componente de aquél.

Entienden quienes asumen esta posición que “si algo jus-

²⁸ Cf. MEDRANO, Pablo, *Delitos tributarios: Bien jurídico y tipos legales*, en “Revista de derecho penal tributario”, Centro Argentino de Estudios en lo Penal Tributario; Buenos Aires, Año 1, N° 1, Jun. 1993, p.29-52.

²⁹ VIDAL ALBARRACÍN sostuvo que la falta de convencimiento general acerca de la obligación de tributar genera el impulso de la evasión fiscal, y por lo tanto, como los bienes jurídicos son intereses de la sociedad protegidos por el derecho, debe concluirse en la falta de bien jurídico para el derecho penal tributario, y por lo tanto, el incumplimiento tributario se vería imposibilitado de asumir la categoría de delito. “Cómo evitar el llamado “terrorismo fiscal” (El nuevo régimen penal tributario y previsional)”, L.L. 1990-C, ps.826 y ss.

tifica la intervención del Estado en la Economía es precisamente el orden coercitivo, cuya regulación se encomienda a la Hacienda Pública, que aparece con bien jurídico protegido en el delito fiscal... (y con respecto a la estafa de subvenciones) ...la situación de este precepto entre los delitos contra la Hacienda Pública, y por tanto contra el orden económico en sentido estricto, se justifica porque el bien jurídico protegido directamente es la facultad del Estado de intervenir en la Economía fomentando determinados aspectos de la misma y no simplemente un aspecto patrimonial...”³⁰.

A esta conclusión se arriba si se entiende a la actividad tributaria como un instrumento que compone la actividad financiera del Estado, aglutinante de diversas manifestaciones de intervención en la economía. En consecuencia, si se lesiona el ordenamiento fiscal, en definitiva, se afecta el equilibrio económico pretendido por la legislación.

Aún desde este punto de partida, se han distinguido dos aspectos vinculados a esta cuestión. Así, en principio los delitos tributarios resultarían formas de preservación de valores propios del derecho fiscal; que protegen los intereses del fisco, pero, en aquellas situaciones en que su germen se encuentra en la intención del Estado de influir, por intermedio de la imposición, en los distintos procesos económicos (actividad tributaria como instrumento), entonces debería ser considerado como un delito contra el orden socioeconómico.

Sin embargo, no corresponde identificar la pertenencia del

³⁰Cf. MUÑOZ CONDE, Francisco, *La ideología de los delitos contra el orden socio-económico en el Proyecto de Ley Orgánica del Código Penal*, “Cuadernos de política Criminal”, N°16, Instituto de Criminología, Madrid, 1982, p.129, citado por AYALA GÓMEZ, Ignacio, *El delito de defraudación tributaria: art. 349 del código penal*, Civitas, Madrid, 1988, p 45.

derecho penal tributario al derecho penal económico, con la invocación de este último como bien jurídico protegido. En efecto, el derecho penal económico agrupa distintos aspectos que en su dinámica afectan al orden socio-económico, entre los que se encuentra el derecho penal tributario por su relevancia e influencia en aquél. Pretender que por el derecho penal tributario se tutela al orden socio-económico, no solo representaría una imprecisa determinación de la existencia de los bienes jurídicos intermedios y específicos, sino que implicaría la necesaria comprobación de algún grado de lesión o (efectiva) puesta en peligro de la economía nacional por la violación de los preceptos contenidos por aquellas normas, tornándose, de esta manera, en un derecho penal con contenidos aún más abstractos (y aún más “simbólico”).

c) El delito tributario como delito contra el poder tributario del Estado.

Por estas posiciones se pretende que por medio del derecho penal tributario se pretende eliminar la contraria voluntad del contribuyente frente al poder tributario del Estado, en cuanto poder legislativo que aquél tiene en esta materia, o frente a la *potestad* de la administración de hacer efectiva la reclamación de los tributos creados por el primero.³¹

Con gran acierto explica AYALA GÓMEZ³² que estas opiniones, ahora caducas, deben ser rechazadas por cuanto por el derecho penal tributario se pretende la coerción de aquellas conductas que de algún modo vituperan el régimen tributario ya existente, eludiendo o aprovechándose de las condiciones que rodean a los tributos ya existentes, sin que por ello se impida a los entes revestidos de aquel poder la

³¹A esta postura parecen adscribir GURFINKEL DE WENDY, Lilian y RUSSO, Eduardo, *Ilícitos tributarios en las leyes 11.683 y 23.771*, Depalma, Buenos Aires, 1993, p 7.

³²Cf. AYALA GOMEZ, op cit., p 51 y ss.

creación de las figuras impositivas que tengan por conveniente dentro de los límites que les marca la Constitución Nacional.

De esta manera, debe tenerse presente que el poder tributario es un *prius* de la relación que se establece entre el impositor y el contribuyente, por lo cual, desde esta concepción se termina por identificar la conducta delictiva con una suerte de desobediencia de los ciudadanos a la voluntad del Estado de imponer sus tributos. Por eso, según PEREZ ROYO³³, por esta vía se confunde el objeto jurídico de estos delitos con el objeto genérico de todo el derecho penal, que es la protección del ordenamiento jurídico.

En conclusión, por los delitos tributarios no se protege al Estado en cuanto depositario del poder originario de establecer tributos, aspecto contemplado por el Título X del Código Penal al prever los delitos contra los poderes públicos y el orden constitucional.

d) El delito tributario como delito contra el deber de colaboración de los contribuyentes.

Si se pretende que la relación entre el Estado que impone un tributo y los contribuyentes se encuentra construida sobre la base de un deber de colaboración de éste para con aquél, entonces la violación de las normas del derecho penal tributario implica, asimismo, una violación de ese deber jurídico de colaboración, o si se quiere, de los deberes de lealtad o veracidad de su comportamiento frente a la Hacienda Pública (como sujeto recaudador)³⁴

³³Cf. PEREZ ROYO, Fernando, *Los delitos y las infracciones en materia tributaria*, Estudio Fiscales, Madrid, 1986, p. 63; citado por AYALA GOMEZ, op cit, p. 53, nota 92.

³⁴En esta postura parece enrolarse SPISSO, Rodolfo; *Principios constitucionales de derecho penal tributario*, El Derecho, Buenos Aires, Tomo 135 ps. 959-967.

Por lo tanto, los delitos tributarios resultarían ser delitos de desobediencia de los deberes fundamentales de colaboración que habrían sido establecidos en beneficio del superior interés del Estado.

Si bien es cierto que el sistema tributario argentino, como el de muchas otras naciones, se relaciona estrechamente con la autoliquidación de impuestos, y que, también, pesan sobre los contribuyentes numerosas regulaciones sobre la manera en que deben registrarse e informarse las distintas actividades económicas que se desarrollan con relación al aspecto impositivo, en primer término, no es posible elevar aquella circunstancia normativa a la categoría de bien jurídico, el cual, como ya se adelantó, debe tener arraigo constitucional. En segundo lugar, y como consecuencia de lo expresado anteriormente, si se pretendiese valorar el incumplimiento de este deber como bien jurídico, se constituiría a los delitos tributarios en meras infracciones formales carentes de un sustrato material sobre el cual construir la antijuridicidad de la conducta.

Lo expuesto no obsta a que distintas expresiones que implicarían la falta de colaboración con el deber de informar al fisco sean consideradas un medio apto para la consecución de la Hacienda Pública como medios ardidosos por los cuales se despliega la maniobra defraudatoria. En efecto, *“con este planteamiento, parece confundirse al medio utilizado para acarrear la ofensa al bien jurídico, con el interés mismo que se tutela”*³⁵.

e) El delito tributario como delito contra la función tribu-

³⁵Cf. MEDRANO, Pablo, op. cit. p.35.

taria.

Esta es la tesis sostenida por PEREZ ROYO³⁶ quien describe al bien jurídico, en estos casos, como el correcto desarrollo y desenvolvimiento de la función tributaria. Así, la Hacienda Pública (como sujeto) no es considerada como un conjunto patrimonial (Erario Público), sino como el titular de funciones públicas, específicamente su función será la efectiva actuación de las normas tributarias, por medio de las potestades, derechos y deberes que se le atribuyen a la Administración. Asimismo, la violación de las normas de derecho penal tributario afectaría el interés de la Administración Pública al regular y al normal desenvolvimiento de las actividades de liquidación, recaudación y control que a aquella le fueron conferidas.

A esta posición le caben las mismas críticas que se expusieron con respecto a la interpretación del bien jurídico como violación del deber de colaboración.

En efecto, *“el interés público en la observancia y actuación de las normas tributarias, es el mismo interés público que se identifica con la necesidad de observar cualquier otra norma de orden público, por lo que no se estaría dotando a los delitos tributarios de una diferenciación sobre la base del bien jurídico”*³⁷.

En este sentido, el objeto de protección de estas normas, al estar constituido por el normal desarrollo de la Administración, de conformidad con las normas que regulan su ejercicio, se transformaría en la *“autoprotección”* de la administración tributaria (protección del correcto funcionamiento de la administración tributaria). Asimismo, al constituirse el disvalor de resultado con la afectación de la función ad-

³⁶Cf. PEREZ ROYO, Fernando, op. cit., p 319.

³⁷Cf. AYALA GOMEZ, op cit., p 74.

ministrativa se obtendría un campo de punibilidad excesivamente amplio, toda vez que cualquier afectación sobre el proceso de la gestión tributaria formaría parte de la prohibición.

Sin embargo, debe insistirse en que si bien no se considera que el incumplimiento o la inobservancia de los deberes y obligaciones señalados puedan constituir el objeto mismo de tutela penal (como delito puramente formal), nada obsta a que se los valore como un medio idóneo, y en muchos casos como un aspecto esencial, para la consumación de los ilícitos tributarios.

En suma, el derecho penal tributario debe orientarse a la coerción de conductas ofensivas (lesivas) y no a comportamientos de infidelidad o deslealtad para con la Administración.

f) El delito tributario como delito contra el patrimonio (Erario Público).

Desde este punto de vista se postula que el bien jurídico tutelado se trataría del patrimonio, más concretamente el patrimonio del Estado (Erario Público)³⁸. Es decir, los delitos tributarios compondrían un sector de los delitos patrimoniales, en cuanto afectarían los intereses patrimoniales del Estado, en algunos casos como despojo y en otros como “*lucro cesante*” (en los casos de omisión de ingreso).

Si bien las estructuras delictivas formuladas en base a las defraudaciones previstas por el Código Penal, podrían indicar una afinidad entre ambas clases de delitos; lo cierto es que su ubicación sistemática y su esencia jurídica impiden trazar la equiparación que se propone por la tesis que se

³⁸En este sentido opinan BAJO FERNÁNDEZ, Miguel y BACIGALUPO, Silvina; *Delitos tributarios y previsionales*, Hammurabi, Buenos Aires, 2001, ps. 55 y ss.

está analizando.

En efecto, si bien algunas de las maniobras reprimidas por los ilícitos tributarios podrían causar un perjuicio patrimonial al Erario Público, el bien jurídico no se agota en ello, ya que lo que se persigue en estos casos es el haber dificultado la obtención de los ingresos públicos por haber imposibilitado la recaudación tributaria.

Esta diferenciación se robustece si se piensa en que si el bien jurídico tutelado fuera solamente el patrimonio, no se explicaría el tratamiento diferencial que en estos casos se haría al establecer un monto pecuniario³⁹ por sobre el cual la conducta constituiría delito, por oposición a lo que sucede con los delitos contra el patrimonio legislados en el Título VI del Código Penal.

No es esta la única superposición de bienes jurídicos afectados que se ha puesto de relieve con relación a los delitos tributarios. En efecto, en el debate parlamentario de la ley 24.769 el Diputado Aramburu resaltó que *“muchas de las figuras delictivas que están en consideración... rozan en ciertos casos la fe pública”*⁴⁰.

- g) El delito tributario como delito contra la Hacienda Pública en sentido dinámico.

Gran parte de la doctrina⁴¹ coincide en que el bien jurídico tutelado por la ley penal tributaria es la Hacienda Pública, en un sentido dinámico, esto es, **la actividad financiera del Estado como proceso dirigido a obtener recursos y realizar el gasto público**, mejor expresado como **sistema de recaudación normal de ingresos para solventar el**

³⁹Discutiremos luego si se trata de un elemento del tipo penal o una condición objetiva de punibilidad.

⁴⁰Cf. Antecedentes parlamentarios, parágrafo 34.

gasto público demandado por la atención de los cometidos básicos del Estado.

En esto último radica la diferencia entre un mero interés de proteger la propiedad estatal de la consideración de la Hacienda Pública bajo la faz dinámica de permitir que los gastos y la distribución de beneficios para amplios sectores de la sociedad queden asegurados con un régimen de ingresos de tributos y de aportes constante, al cual hay que proteger de conductas evasoras.⁴²

La actividad financiera del Estado es una actividad compleja orientada a la obtención de ingresos para sufragar los gastos públicos. *“Centrada la tutela en la función tributaria, como aquella a la que corresponde la consecución del fin recaudatorio de los tributos a través de un proceso en el que se actúan las potestades de imposición, es en este último apartado de la misma, el de la recaudación, en el que se concreta el bien jurídico, en la medida en que está representado por el interés de la Hacienda Pública, en la percepción de los tributos, de un modo completo y exacto. El acento se pone en el contenido patrimonial de dicho interés, dado que no se trata de su genérica protección, sino de lo que se dispensa contra los ataques más graves del mismo: aquellos que suponen un detrimento en las en-*

⁴¹Cf. CORTI, Horacio, *Acerca de la política punitiva y de la llamada condición objetiva de punibilidad en los delitos tributarios y previsionales de la ley 24.769*, en “Derecho Económico”, suplemento especial de La Ley, febrero de 2004 p. 38 y ss.; CORTI, Aristides y CALVO, Rubén, *Evasión tributaria (causas y consecuencias)*, en L.L., 21/08/2003, p.1; CHIARA DIAZ, Carlos, *Ley penal tributaria y previsional N° 24.769*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1997, p.97,113 y ss. y 238; FOLCO, Carlos, *El delito de evasión fiscal*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1997, p. 371 y ss ; HADDAD, Jorge, *Ley penal tributaria 24.769 Comentada*, Depalma, Buenos Aires, 1997, p5 y ss.; THOMAS, Ricardo, *Régimen Penal tributario ley 24.769. Análisis de los tipos penales. Ley más benigna*, Ad- Hoc-, Buenos Aires, 1997, p.23; YACOBUCCI, Guillermo, *Principios de la ley penal tributaria*, El Derecho, T. 47, 1990, p. 938; y EDWARDS, Carlos, *Régimen penal tributario. Leyes 24.765 y 24.769* Astrea, Buenos Aires, 2000, p.25 y ss.

⁴²Cf. CHIARA DIAZ, Carlos, op. cit. p. 114.

*tradas que han de ingresar en el Erario Público, mediante determinadas modalidades de comisión y a partir de determinada cuantía...*⁴³. Esta última definición aparece como la más adecuada, pues limita a los ingresos del Estado a los tributos y especifica claramente que las cuestiones vinculadas con el gasto público serán la finalidad del aprovechamiento de aquellos recursos, pero no parte del bien jurídico protegido por estos tipos penales específicos.

Sin embargo, considero que a esta última formulación (la más completa de las que he encontrado) habría aún que hacerle un agregado. En efecto, si bien es correcto que el bien jurídico protegido se vincula con la correcta y regular percepción de los tributos, de esta manera sólo se describe una faz positiva de este hecho relevante. Por eso, creo necesario hacer referencia a un correcto funcionamiento del **régimen de percepción de tributos**, incorporando de esta manera, no sólo a la percepción como hecho jurídico, sino también a las defraudaciones basadas en los sistemas de reintegros, recuperos y devoluciones que tienen su génesis en el régimen de percepción tributario concreto.

La concepción abordada por este acápite no sólo ha tenido una recepción mayoritaria en la doctrina, como se expuso, sino que también ha sido recibida por gran parte de la jurisprudencia.

En efecto, la Cámara Nacional de Casación Penal⁴⁴ expresó que el bien jurídico es de carácter macro-social y económico, siendo definible como la hacienda pública, término con

⁴³ Cf. AYALA GÓMEZ, Ignacio, op cit. p. 114.

⁴⁴ C.N.C.P, Sala 1, “Amoreno, H.J.”, 17/11/1995. En igual sentido Sala 2 “Etime. SRL” 29/08/1996 y “Pardo García, H”, 11/08/1998, C.N.P.E., Sala “B”, Reg. N°510/03, C.A.FED. San Martín, Sala 1, “Macri, Francisco, y otros”, 28/04/1994, T.O.C. FED Mar del Plata, “B.G.A.”, 01/06/1995, T.O.P.E. N° 2, “Dujo, Liliana” 16/04/1996, entre muchos otros C.A. FED Rosario, sala “A” “Frigorífico litoral Argentino”, 20/04/1999.

el cual se pretende individualizar la actividad económico financiera del Estado y que se constituye mediante la dinámica de dos aspectos: la recaudación tributaria y el gasto público, unidos de hecho por la actividad económica del Estado moderno y que en el caso argentino encuentra fundamentos en los arts. 4, 16 y 75 incisos: 2 y 8, de la Constitución Nacional. Asimismo, se indicó que el contenido de los tipos penales de la ley penal tributaria y los presupuestos de punibilidad que allí se establecen, revelan la tendencia a protegerle orden económico, *“hay que buscar el bien jurídico en el deseo de proteger un interés macroeconómico y social, consistente en la Hacienda pública, pero no en un sentido de patrimonio del Fisco sino como sistema de recaudación normal de ingresos para solventar el gasto público, o sea bajo la faz dinámica de permitir que los gastos y la distribución de beneficios para amplios sectores de la sociedad quede asegurado con un régimen de ingresos de tributos...”*⁴⁵ y que *“Tanto los ingresos como los gastos son medios jurídicos-financieros tendientes a realizar las prestaciones básicas del Estado... Las cláusulas consagradas en la CN (art. 75, incs. 8, 19, 22, 23) requieren de dichos medios en un todo de conformidad con las exigencias de bienestar y justicia social del desarrollo humano. Por consiguiente, sin medios oportunos y suficientes, dichas cláusulas devendrían carentes de contenido y en absoluta contradicción con la imperatividad y operatividad de la Carta Magna, circunstancia que el Poder Judicial no puede ni debe consentir...”*⁴⁶.

⁴⁵ C.N.C.P, Sala 1, “Benemérito, O” 14/06/1996.

⁴⁶ T.O.P.E. N°3, “Kasperski, Francisco José”, 09/09/1997.

IV El tratamiento del error en el ámbito del Art. 9 de la Ley N° 24.769

Por Rafael Caputo¹

¹ Juez en lo Penal Económico, Buenos Aires, Argentina.

1. Delito de omisión propia

Reza la norma que “Será reprimido con prisión de dos a seis años, el agente de retención de aportes del sistema de seguridad social nacional que no depositare, total o parcialmente, dentro de los diez días hábiles administrativos de vencido el plazo de ingreso, los importes retenidos, siempre que el monto no ingresado supere la suma de cinco mil pesos (\$ 5.000) por cada periodo”.

Se contempla un tipo de omisión propia ya que comprende una inactividad actuante legalmente descripta. Tal exigencia de una ausencia de actividad está indicada en el artículo en estudio con el requisito típico de que la conducta consista en que no se deposite la retención efectuada en el momento debido.

2. El problema

La crisis económica, por la que viene atravesando el sector de las pequeñas y medianas empresas ha generado gran cantidad de casos en los cuales tales entidades no efectúan el depósito de las sumas de dinero que retienen del salario de los trabajadores en concepto de aportes previsionales.

En muchos de esos supuestos, la falta de ingreso a tiempo de esos conceptos forma parte de una crucial disyuntiva. El no depósito descripto en la norma es una alternativa frente a la cual la restante es -muchas veces- el cese de la actividad.

El objeto de este trabajo es intentar analizar las soluciones normativas posibles para el grupo de este tipo de casos en los cuales se encuentre procesalmente probada la imposibilidad económica y/o financiera de los responsables tributarios de efectuar el depósito de esa porción del salario retenida a sus empleados. Además se intentará dilucidar las consecuencias dogmáticas derivadas de la existencia de errores sobre los ribetes de la disyuntiva enunciada en el párrafo precedente.

3. Las posibles soluciones desde el ámbito de la tipicidad

a) El tipo objetivo

En los tipos omisivos el contenido del deber de actuar se determina generalmente de acuerdo a las circunstancias que conforman un estado de cosas. Solo si se da “la situación típica”, la no realización de la conducta exigida configurará el ilícito.

Dadas las condiciones requeridas por la figura y nacida -en consecuencia- la obligación de llevar a cabo la conducta debida, la tipicidad omisiva se completa con la exigencia de que el autor tenga capacidad individual de desarrollar la acción. Solo la omisión de una acción que hubiera sido posible para el autor puede tener cualidad de injusto. El que no actúa omite la acción ordenada por el mandato sólo cuando tenía el poder para la ejecución. Para ello es necesaria la existencia de la posibilidad real-física de llevar a cabo la acción mandada.

En el caso del art. 9 en trato, la situación típica está dada por la realización previa de la retención y el tipo objetivo solo se completará si el depósito de lo retenido -en tanto acción reclamada por la norma- fue posible para el autor.

En el contexto problemático de estas líneas, la ausencia de disponibilidad de fondos para hacer frente al depósito de lo

retenido, puede traducirse normativamente en la falta de capacidad del autor para llevar a cabo el ingreso y por ende la conducta debida.

Una primera solución para estos casos sería -de esta forma- la ausencia de tipicidad objetiva por imposibilidad material de llevar a cabo la conducta exigida por el tipo.

b) El tipo subjetivo

LA VOLUNTAD DE REALIZAR EL VERBO TÍPICO

El dolo puede definirse como “saber y querer (conocimiento y voluntad)” de todas las circunstancias del tipo legal”.

En el caso particular de la omisión, el dolo debe referirse a todos los elementos del tipo objetivo. Uno de sus componentes es el propio verbo típico. Ello significa que solo habrá dolo si se tuvo voluntad (elemento volitivo) de llevar a cabo tal verbo, el cual está dado por el no desarrollo de la conducta debida.

En la situación fáctica que se viene analizando en el presente trabajo, la ausencia de los medios económicos suficientes para hacer frente al depósito de lo retenido, implicará la imposibilidad de llevar a cabo la conducta debida (ingreso de los fondos) y de esta forma la ausencia de voluntad de desarrollar el verbo típico que es el “no depositar”. No se dará así, el elemento volitivo del dolo y con ello faltará la tipicidad subjetiva.

CASO DE ERROR

De acuerdo a lo expuesto en el punto precedente, si uno de los componentes del tipo es la posibilidad real-física de llevar a cabo la acción mandada, el dolo debe referirse incluso a la posibilidad de poder desarrollar una cierta actividad conducente a la evitación de la lesión inminente del bien jurídico.

Así, si el autor actuó en un error y creyó que no era posible llevar a cabo la conducta ordenada por la norma, cuando en realidad sí lo era, estamos en presencia de un supuesto de error sobre uno de los elementos del tipo objetivo (la posibilidad de actuar en defensa del bien jurídico), esto es un error de tipo que tiene como consecuencia -tanto en su faz evitable como en la inevitable- eliminar el dolo. Dice WELZEL que en el delito de omisión doloso falta la tipicidad cuando el autor, a pesar de aquilatar acertadamente la situación de hecho, no encuentra la vía para intervenir y así evitar la lesión del interés protegido.

En el caso particular que ocupa estas líneas, si el autor supuso erróneamente que era imposible depositar las retenciones pues su precio era el cierre de la empresa y -en consecuencia- omitió el pago, siendo que la realidad económica y financiera no implicaba tal disyuntiva realmente, habrá un caso de error acerca de la posibilidad real-física de llevar a cabo la acción mandada, que eliminará el dolo.

Si el yerro, es invencible, es decir si el autor no habría podido salir de él aún poniendo la debida diligencia, no habrá tampoco subjetividad culposa. La ausencia de tipicidad también será la consecuencia si el error es vencible, puesto que de él se deriva la culpa y no está contemplada en la ley 24.769, la figura imprudente de la omisión de depósito.

En caso de culpa tampoco será posible enmarcar el accionar en alguna de las figuras sancionatorias de la ley 11.683. Si bien el art. 46 contempla conductas culposas, ellas se refieren no a la omisión de depositar sino a la omisión de efectuar la retención como paso previo. La figura que si se refiere al no depósito es la del art. 48 pero está encuadrada dentro de los supuestos defraudatorios y por ende dolosos.

4. La posible solución desde el ámbito de la antijuridicidad

LA EXISTENCIA DE DOLO

El análisis fáctico del grupo de casos que nos ocupa corre por carriles en los cuales el pago no aparece como un acto ónticamente imposible de realizar. No se trata generalmente de supuestos en los cuales las empresas no cuenten materialmente con los fondos para el pago, sino más bien de situaciones en las cuales el dinero existe pero debe ser destinado a otros fines tendientes a la continuidad funcional de la explotación.

Ello podría dar por tierra con los argumentos que centran la cuestión que nos ocupa en el ámbito de la tipicidad. En su faz objetiva, no sería imposible física-realmente la conducta debida, sino que ella no se llevaría a cabo como consecuencia de una voluntaria decisión de no hacerla en aras de otros objetivos empresarios. En el ámbito del tipo subjetivo, el aspecto conativo del dolo estaría configurado puesto que el no pago fue consecuencia de la voluntad de no hacerlo para destinar los fondos a otros fines.

EL ESTADO DE NECESIDAD

De esta forma, la elección que implica en estos supuestos la opción por aplicar los fondos a la continuidad de la empresa y no al pago de lo retenido, daría lugar a un no depósito doloso y -así- la solución de la disyuntiva a favor de llevar a cabo el accionar típico, derivaría en el terreno de la presunta existencia de una causa de justificación. El argumento en esta hipótesis sería que el no pago fue el mal menor que se causa para salvar uno mayor: el cese de la actividad empresarial.

En ese marco, la ponderación global de los intereses contrapuestos debe revelar que el interés protegido supera esencialmente al menoscabado por la acción realizada en el estado de necesidad.

El atributo “esencial” significa que para que la causa de justificación exista, la superioridad en el caso concreto ha de afirmarse sin la menor duda.

Traduciendo el apone doctrinario precedente al caso en estudio, entiendo que no es posible afirmar “sin la menor duda” que la salvaguarda del funcionamiento de la empresa a cargo del responsable tributario o provisional sea un bien que supere esencialmente al relativo a la contribución que aquél debe efectuar al mantenimiento de la hacienda pública.

No solamente el derecho a trabajar, a ejercer toda industria lícita y a comerciar cuentan con raigambre constitucional (art. 14 C.N.). También la tiene la obligación de la población de contribuir equitativa y proporcionalmente al sostenimiento de los gastos de la Nación (art. 4 C.N.) necesarios para promover el bienestar general en cuanto objetivo de la Carta Magna (Preámbulo). Si a ello le sumamos la protección constitucional al funcionamiento del sistema de seguridad social (art. 14 bis, tercer párrafo), no es posible afirmar que la afectación del mantenimiento de una fuente laboral, resulte un mal “esencialmente” mayor al menoscabo de la recaudación fiscal.

Si bien es cierto que el cierre de una fuente de trabajo no solo lesiona al interés del responsable involucrado, ya que uno de sus efectos es la nocividad social del desempleo, también lo es que en el cese de la actividad de una empresa el menoscabo directo se relaciona con aquél bien jurídico de naturaleza individual. La detracción tributaria o provisional tiene alcances que no obstante ser generadores de danos más difusos, incluyen la lesión de la fuente de ingresos con la cual el Estado debe solventar gran cantidad de necesidades básicas de la comunidad (salud, educación, justicia, seguridad social), dando lugar de esta forma a la afectación de intereses no solamente más numerosos sino también quizás más importantes que los que están involucrados en el funcionamiento de un establecimiento empresarial.

Lo expuesto permite concluir que no es cierto el argumento que afirma que el no pago de los tributos o aportes retenidos resulta un mal menor que se causa para salvar uno mayor dado por el cese de la actividad empresarial. De esta forma, el accionar típico relativo al no depósito no estaría justificado y se configuraría un injusto penal.

5. El traslado de la cuestión al ámbito de la culpabilidad

a) El estado de necesidad disculpante

En el estado de necesidad justificante quien actúa contribuye a que se imponga un interés claramente preponderante, de modo que su injerencia se valora como socialmente provechosa y legal. Conforme se indicara en el párrafo precedente, no resulta ser ese el supuesto que se viene analizando puesto que no es indiscutiblemente de mayor valor social el mantenimiento del funcionamiento de una empresa que el pago de impuestos.

Es por ello que debe analizarse la existencia de una situación de necesidad en la cual una vez que se declara socialmente dañoso el proceder del sujeto, corresponde dilucidar un problema de motivación característico de la culpabilidad. Existiría un menoscabo anormal de la libre determinación de la voluntad causado por especiales circunstancias externas que haría aparecer como no exigible una conducta conforme a la norma.

A partir de lo expuesto es posible suponer que la inminencia de sufrir el peligro o mal grave que configura el cierre de la empresa (art. 34 inc. 2o del C.P.) actúe sobre el contribuyente como una presión anímica extraordinaria que liaría disculpable la infracción de la norma tributaria (no depósito).

Mas esta primera aproximación no resulta totalmente ajustada. Para que esté reducido el injusto y, por ende, sea menor la exigibilidad de evitarlo, hasta el punto de no alcanzar el umbral mínimo necesario para la formulación del reproche de culpabilidad, es necesario que el autor no se halle en ninguna situación jurídica de la que se derive su deber normativo de afrontar el peligro.

A partir del principio general relativo a que las obligaciones deben ser cumplidas por quienes las contraen entiendo que existe sobre quien posee el manejo de un emprendimiento empresarial el deber jurídico de afrontar las consecuencias patrimoniales del cierre de la explotación. La regulación jurídica de los institutos del concurso de acreedores o de las quiebras es un aval de lo expuesto.

De esta forma, no parece apropiado -a partir de la existencia de tal imposición normativa- estimar que el supuesto que se viene analizando encuadra con facilidad en un caso de estado de necesidad exculpante.

b) El error de prohibición

La suposición errónea de que concurre una causal de justificación constituye un error de prohibición. Una de las variantes de esa forma de yerro, es la relativa a los límites jurídicos de una causa excluyente de la antijuridicidad.

Esta modalidad de error cuando es invencible en sentido jurídico conduce a la impunidad. Si es vencible, tiene lugar una reducción facultativa del marco penal correspondiente a la figura de que se trate.

Trasladando el razonamiento a la situación que se analiza en este trabajo, puede indicarse que si bien es cierto que la opción por la continuidad de la empresa no configura una causa de justificación, atento a que no es la evitación de un mal mayor respecto del causado por el no depósito de lo retenido, tam-

bién es verdad que el contribuyente pueda estimar que actúa justificado. Es plausible suponer que el responsable considere -en el ámbito del conocimiento paralelo de la esfera del lego- que está dentro del alcance de una causa de justificación (estado de necesidad), el salvamento de su empresa a costa del no pago de las cargas tributarias o previsionales retenidas. Las sutilezas normativas sobre el rango constitucional de ambas instituciones en juego (derecho a ejercer el comercio y toda industria lícita y la obligación a contribuir a la formación de la hacienda pública) no son de fácil percepción por quien no desempeña una actividad estrictamente relacionada con el mundo jurídico.

Puede concluirse así que el actuar de un contribuyente que prescinde del depósito de lo retenido en función de la continuidad de su actividad empresarial es encuadrable -sin perjuicio de las particularidades de cada caso concreto- en un caso de error de prohibición determinado por un yerro sobre el alcance jurídico de la causa de justificación denominada estado de necesidad.

Si en el supuesto particular se demuestra que el error es invencible, es decir que el contribuyente no pudo salir de él no obstante haber puesto la debida diligencia para el caso (consulta de un letrado -por ejemplo-), la consecuencia será la impunidad por ausencia de reprochabilidad. En cambio si el yerro es evitable pues el autor habría eludido el error de haber tomado las debidas precauciones, el suceso igual sería reprochable aunque en menor medida, lo cual se traduciría solo en una reducción de la pena dentro de la escala contemplada en el tipo penal que nos ocupa (art. 9 ley 24.769).

6. Conclusión

Conforme se ha expuesto, las hipótesis en las cuales la solución de los casos en estudio es la ausencia de delito son las que se analizan en el ámbito de la tipicidad.

No puede hablarse de la existencia de estado de necesidad ni justificante ni exculpante. Si se trata la cuestión como un supuesto de error de prohibición, solo en caso de que éste sea invencible habrá ausencia de reproche, ya que de lo contrario habrá solo una disminución de la pena aplicable, a partir de la reducción de grado de reproche.

Se concluyó en el punto 3) que la imposibilidad de considerar la cuestión como un caso de ausencia de tipicidad objetiva o bien del elemento volitivo del dolo se derivaba de que el no depósito -por lo general- no puede considerarse como causado por la ausencia total de fondos, sino por la decisión voluntaria de destinar el dinero existente a otros fines dentro de la empresa a los efectos de mantenerla en funcionamiento. Tal ejercicio de actividad final hacia el no pago por la desviación de los recursos del carril del cumplimiento tributario, denotaba la existencia de dolo y debía trasladar la discusión al ámbito de la antijuridicidad o de la culpabilidad.

No obstante lo expuesto, no cuento con una convicción absoluta de que quepa afirmar categóricamente que en el marco de una empresa sea posible sostener que se pudo pagar una carga tributaria o provisional si la consecuencia de tal posibilidad era la propia finalización de la existencia del ente económicamente obligado. ¿Puede verdaderamente un ente -sea real o ideal- hacer algo que le genere la muerte?.

Si bien la solución de tal disyuntiva hermenéutica no es exclusivamente fáctica, ya que pone en juego elementos vinculados con valoraciones y significaciones del lenguaje, entiendo que no configura una cuestión de estricta interpretación normativo- penal

Ante tal panorama, considero aplicable el principio del beneficio de la duda derivado del de inocencia y consagrado en el art. 3 del C.P.P., pues solo el derecho es insusceptible de hesitación.

En ese orden de ideas, podrá concluirse en que realmente existió una imposibilidad de llevar a cabo la conducta debida cuya omisión configura el tipo y -en consecuencia- en que no hay tipicidad objetiva ni, por ende, delito en el grupo de casos estudiado.

Otra lectura es también posible y se relaciona con la disyuntiva de considerar al conocimiento del deber tributario como un componente del dolo o bien estimarlo como un elemento abarcable por la antijuridicidad.

En la doctrina alemana de derecho penal tributario se exige unánimemente, para el dolo de la defraudación tributaria, el conocimiento al menos eventual del deber tributario. La punición presupone que la evasión del tributo se produzca con conciencia de que existe el respectivo deber tributario; quien se equivoca sobre la existencia del deber tributario, no actúa dolosamente.

“Desde el punto de vista material, detrás del principio de que el dolo de la defraudación tributaria tiene que abarcar el deber tributario se oculta ... el problema de la indiferencia ética de las normas de esta naturaleza. Esto, sin embargo, no en el sentido de que no habría nada moralmente reprochable en evadir impuestos, ... sino más bien en el sentido de que el surgimiento de un deber tributario determinado, desde el punto de vista del ciudadano tiene frecuentemente algo de casual. El por qué de que exista, por ejemplo, un impuesto a la sal, sólo se puede explicar históricamente; el hecho de que mediante un esfuerzo de conciencia se pueda reconocer que al fabricar sal se debe pagar impuestos es una idea absurda...”.

Esta postura resulta coherente con la de que el dolo de tipo incita a reflexionar sobre la juricidad y antijuridicidad del hecho. Solo habrá dolo cuando concurren las circunstancias que puedan dar

al autor un impulso para meditar sobre la juricidad del hecho y cuando tales circunstancias sean por él conocidas.

De esta forma, la sola actividad comercial de fabricación de sal (en el ejemplo antes citado) no genera impulso alguno a meditar sobre si se actúa o no conforme a derecho en materia de tributos. Tal meditación solo surge si se conoce el deber de tributar que pesa sobre la fabricación de sal. Esto resulta diferente respecto de los delitos comunes (como por ejemplo el homicidio), donde no es necesario conocer el deber normativo de no matar para estar en condiciones de meditar sobre la conformidad jurídica o no del mero hecho de disparar un arma contra otro. Y tal diferencia es justamente debida al contenido de disvalor ético material que se encuentra detrás del tipo de homicidio y que no se da en igual condiciones en el caso de las figuras tributarias.

Es así que solo conociendo el deber tributario surge el llamado de atención que necesita el dolo en el caso de los delitos en estudio. Y es por ello que tal deber forma parte del dolo y no es analizable como un componente de la antijuridicidad.

Finalmente, si el dolo incluye el deber de tributar, un error sobre él será un error de tipo.

En el guipo de casos que ocupa este trabajo, aquellos supuestos en los cuales el contribuyente no paga sus tributos, pues supone que es preponderante continuar con la actividad de la empresa antes que abonar las gabelas, se incurre en un error acerca de la obligación de tributar ya que el individuo cree que no debe pagar por la mayor importancia de la otra cara de la disyuntiva. Así, se estaría en presencia de un error sobre el deber tributario que según la postura desarrollada es un error de tipo. Sus consecuencias serán la ausencia de tipicidad subjetiva dolosa ante la eliminación del dolo y, de esta forma, la impunidad ante la inexistencia de figura de evasión culposa.

V La especialización en la persecución de Delitos Económicos en el Paraguay

Por Ricardo Preda del Puerto

1. Nociones Generales

El Derecho Penal Económico, constituye una extensa y compleja rama del Derecho que goza de especial actualidad y requiere el manejo de otras ramas del derecho (Derecho comercial, de sociedades, de propiedades intelectual e industrial, del trabajo, etc.), pues la mayor parte del Derecho Penal Económico depende de regulaciones extrapenales¹.

Si bien es conocido que el Código Penal vigente en el país, tiene como una de sus principales fuentes al StGB alemán, el legislador nacional ha tenido igualmente en cuenta algunos proyectos que no formaron parte del Código Penal en aquel país. En Alemania, la sistematización de los Delitos Económicos por los autores del Proyecto Alternativo en 1977, previó todo un Título de la Parte Especial, a la cual denominaron “*Delitos contra la economía*”, dividida en siete capítulos y un apéndice, con treinta y cinco artículos². Sin embargo, esta parte no fue adoptada de ese modo en el StGB, aunque algunos de esos hechos punibles fueron finalmente incluidos en dicho cuerpo³, y otros, la gran mayoría, se encuentran diseminados en leyes especiales de aquél país⁴.

¹ TIEDEMANN, Klaus. *Manual de Derecho Penal Económico Parte General y Especial*, traducción de las ediciones alemanas (PG 2007- PE 2008). Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p.35

² Con más detalles, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte General 3ª Edición*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 91-94

³ §§ 264, 264a, 265b, 283a, 283b, 283c, 284d, 302a (nueva redacción de la usura) todos del StGB

⁴ TIEDEMANN, *op. Cit.*, p 76

En Paraguay, una parte de esos “Delitos Económicos” fueron receptados por el Código Penal de 1997. Entre otros, la Evasión de impuestos (art. 261 del CP), la Adquisición fraudulenta de subvenciones (art. 262 del CP), Conducta conducente a la quiebra (178 del CP), Conducta indebida en situaciones de crisis (179 del CP) y Promoción fraudulenta de inversiones (art. 191 del CP).

Ahora bien, la delimitación de lo que se considera como delitos económicos, es una cuestión hartamente discutida en la doctrina penal especializada. Desde un punto de vista estricto, la categoría de los delitos económicos habrá de estar integrada por aquellas infracciones que atentan contra la actividad interventora y reguladora del Estado en la economía, o sea, por el denominado “Derecho Penal administrativo económico”. Por otro lado, considerando un concepto amplio de Delitos Económicos, en él deben ser incluidos todas las infracciones que vulneran bienes jurídicos supraindividuales de contenido económico que, si bien no afectan directamente a la regulación jurídica del intervencionismo estatal en la economía, trascienden la dimensión puramente individual⁵.

En este concepto amplio, también podría considerarse la comisión de delitos pertenecientes a la órbita del Derecho penal clásico, en tanto en cuanto se ejecuten en el ámbito de la empresa o de los negocios (hechos punibles contra el patrimonio o la prueba documental)⁶. Es también común en literatura jurídico penal utilizar la expresión criminalidad de empresa, referida a los delitos que se cometen a partir de una empresa o a través de entidades colectivas⁷.

Una revista rápida al derecho comparado permite apreciar que en legislaciones, que han tenido y tienen una importante influencia

⁵ MARTÍNEZ BUJAN PÉREZ, PG, op cit., pp. 87-91

⁶ BOTTKE, Wilfried *Sobre la legitimidad del Derecho penal económico en sentido estricto y de sus descripciones típicas específicas*, en Libro Homenaje a Klaus Tiedemann, Madrid, 1995, pp. 637-654

⁷ BAJO FERNÁNDEZ, Miguel y BACIGALUPO, Silvina. *Derecho Penal Económico*, Edit. Ceura, Madrid 2001, p. 16

en la conformación del ordenamiento jurídico en la República del Paraguay, se ha recurrido a la creación de una jurisdicción especializada para el juzgamiento de la denominada criminalidad económica, en la convicción de que esto constituye un instrumental que permite un mejor y más efectivo combate de este tipo de delincuencia⁸.

Un motivo determinante para este tipo de política es el siguiente: en el seno de la vida económica moderna se han creado y desarrollado instrumentos, procedimientos y mecanismos, cuyo abuso o manipulación sirven de base al injusto de varios tipos penales. Estos instrumentos, procedimientos y mecanismos alcanzan tales niveles de complejidad, que su comprensión se dificulta en extrema medida para un jurista sin conocimientos específicos sobre la materia. Esta circunstancia determina así que la especialización de cierto grupo de jueces sea vista como una forma idónea para allanar la dificultad.

Ahora bien, la especialización en razón de la materia es considerada como útil para mejorar la capacidad del Estado en su rol de impulsar la persecución penal. Como ejemplo de esto tenemos que en el Ministerio Público de nuestro país existen unidades especializadas en ciertos tipos de hechos punibles, tales como Secuestro, Tráfico de Drogas, Delitos Ecológicos, Hechos Punibles contra la Propiedad Intelectual e Industrial, Delitos Económicos y aquellos que implican Corrupción.

Asimismo, existen ejemplos de especialización en otras instituciones, tales como la Policía Nacional, en materias como Robos y Hurtos, Delitos Económicos, Tráfico de Drogas, etc. Sin embargo, actualmente el Poder Judicial de nuestro país no cuenta con órganos jurisdiccionales en el fuero penal especializados en razón de la materia, para el juzgamiento de casos.

⁸ Pueden citarse los tribunales especializados en Argentina y Alemania.

2. Evolución y estado actual

Entre 1995 y 1996 el Banco Central del Paraguay intervino 4 bancos y unas 15 financieras. Los principales protagonistas de estos escándalos económicos y financieros fueron los Miembros de los Directorios de los bancos y financieras, así como los funcionarios con más altos cargos jerárquicos y administrativos⁹.

Para hacer frente a la multiplicidad de esos delitos económicos y financieros¹⁰ que fueron realizándose sucesivamente en 1995 y que generó una reacción en cadena que desembocó en la crisis financiera del año 1996, el Fiscal General del Estado resolvió la creación de una Comisión de Asuntos Económicos y Financieros en el Ministerio Público, a través de la Resolución N° 64 del 5 de marzo de 1996.

El grupo fue constituido con criterio multidisciplinario, integrado en consecuencia, a profesionales abogados, contadores, especialistas en bancos, en Derecho Tributario y en Administración Pública¹¹. La referida comisión es el origen de la Dirección de Delitos Económicos del Ministerio Público¹².

Luego de la crisis financiera de los años 1995 y 1996, que llevó a la quiebra a los Bancos General S.A., Bancopar S.A., Banco Sur S.A. y Banco Mercantil S.A., el Banco Central del Paraguay implementó el sistema denominado “Caulas G”, que tenía por objeto el análisis de algunos componentes como capital, activo, utilidad, liquidez, y administración¹³.

Estas reglas generaron nuevas tipologías, como las de mentir en las declaraciones que contenían los estados, a fin de que la en-

⁹ MEMORIA DE LA FGE, Asunción, 1996, p. 147.

¹⁰Entiéndase “delitos económicos” en sentido amplio.

¹¹MEMORIA DE LA FGE, Asunción, 1996, p. 146.

¹²FGE-MEMORIA ANUAL 1.999, Asunción, p. 165.

¹³MEMORIA FGE1997/98, Asunción, pp. 123 y 126.

tividad financiera aparezca con mejores calificaciones de las que realmente tenían¹⁴.

Fue justamente por un mal posicionamiento dentro de las “Caulas G”, durante el mes de marzo de 1997 el BCP intervino el Banco de Inversiones del Paraguay S.A. (BIPSA) y el Banco Unión S.A., así como una empresa vinculada denominada Ahorros Paraguayos S.A.¹⁵ La Dirección de Delitos Económicos y Financieros del Ministerio Público colaboró en el proceso judicial que se originó a raíz de dichas intervenciones¹⁶.

Otra tipología reconocida por el Ministerio Público en aquel tiempo¹⁷, eran los denominados “autocírculos”, que se trataba de un sistema en el que grupos de personas pagaban una cuota mensual a los efectos de participar en sorteos periódicos en los que podían resultar adjudicados con un automóvil. Sin embargo, en muchos de los casos los adjudicados no recibieron el vehículo. La Fiscalía advirtió en esos casos que las empresas eran montadas con escasa infraestructura, estudios serios de factibilidad, ni con cálculos matemáticos y financieros que les aseguren cumplir sus compromisos¹⁸.

Nótese cómo el Ministerio Público, actuó conforme se fueron presentando nuevas formas de comisión de hechos punibles. Siguiendo con dicha posición, en 1997, a través de la Resolución FGE N° 300 del 3 de julio, se asignó a un Agente Fiscal la intervención permanente en los procesos penales que tuvieran por objeto la persecución penal de delitos económicos y financieros. La motivación de la misma era que la investigación de ese tipo de hechos era compleja y requería del Fiscal una especialización.

¹⁴MEMORIA FGE 1997/98, Asunción, pp. 126-128.

¹⁵MEMORIA FGE 1997/98, Asunción, pp. 123-124.

¹⁶MEMORIA FGE 1997/98, Asunción, p. 124.

¹⁷Entre los años 1996 a 1998.

¹⁸MEMORIA FGE 1997/98, Asunción, p. 126.

Además se afirmó que esos hechos punibles causan un daño a la colectividad¹⁹.

La decisión de asignar a un Fiscal, intervención exclusiva en procesos penales de delitos económicos y no asignarle otro tipo de casos sería el antecedente principal de los que hoy conocemos como Unidad de Delitos Económicos y Anticorrupción del Ministerio Público.

Más adelante, en el año 1998, el Fiscal General del Estado dictó la Resolución FGE N° 370 del 3 de septiembre del año mencionado, a través de la cual designó a dos procuradores fiscales para tareas de investigación en el marco de los exámenes especiales y de auditoría realizadas por la Contraloría General de la República. Desde hacía muchos años, se advertía que gran parte de los informes remitidos por la CGR carecían de relevancia penal²⁰. Consecuentemente, resultaba necesario verificar previamente los informes de auditoría que, sistemáticamente y sin mayores criterios, remitía la Contraloría General de la República al Ministerio Público, con el fin de identificar aquellos informes y partes de informes que contuvieran información relevante para ameritar el inicio de un proceso penal.

En el año 1999, en el marco de reuniones entre agentes fiscales e integrantes de la Dirección de Delitos Económicos del Ministerio Público, se concluyó que debería crearse una Unidad a ser denominada: “*Unidad de Hechos Punibles contra el Orden Económico*” y que sus integrantes deberían intervenir en procesos penales cuyos objetos fueran los siguientes hechos punibles:

- a) Evasión de impuestos (art. 261 CP)
- b) Adquisición fraudulenta de subvenciones (art 262 del CP)
- c) Lavado de dinero (art. 196 del CP)
- d) Conducta conducente a la quiebra (art. 178 del CP)

¹⁹MEMORIA DE LA FGE, Asunción, 1997-98, p. 148.

²⁰MEMORIA DE LA FGE 1996, Asunción, p. 55.

- e) Conducta indebida en situaciones de crisis (art. 179 del CP)
- f) Favorecimiento de acreedores (art. 182 del CP)
- g) Favorecimiento del deudor (art. 183 del CP)
- h) Promoción fraudulenta de inversiones (art 191 del CP)
- i) Usura (art. 193 del CP)
- j) Hechos punibles contra la autenticidad de monedas y valores (arts. 263 al 268 del CP)
- k) Estafa (art. 187 del CP)
- l) Lesión de confianza (art. 192 del CP)
- ll) Obstrucción a la restitución de bienes (art. 194 del CP)

En el caso de procesos que tuvieran por objeto la persecución penal por la supuesta comisión de Estafa, Lesión de confianza y Obstrucción a la restitución de bienes, el Fiscal de Delitos Económicos sólo intervendría cuando afecte a un número importante de personas, y se haya perpetrado utilizando la infraestructura de entidades del sistema financiero o del Estado²¹.

La Unidad Especializada en Delitos Económicos como tal, fue creada a través de la Resolución FGE N° 92 del 24 de febrero de 2000 y fueron designados para integrarla, cuatro Agentes Fiscales²². En ese mismo año, la cantidad de Fiscales en esa unidad ascendió a cinco.

La Unidad Especializada estuvo a cargo de un Coordinador (Agente Fiscal), hasta que el 18 de junio de 2004, por Resolución FGE 1288, se designó a un Fiscal Adjunto como cabeza de la misma²³.

En el año 2005, mediante la Resolución FGE N° 999 del 30 de mayo, se reglamentó de una forma más precisa la competencia de la Unidad Especializada en Delitos Económicos, estableciéndose tres criterios principales: a) Territorial, interviene en los hechos

²¹FGE-MEMORIA ANUAL 1.999, Asunción, p. 168.

²²MEMORIA 2005-2006 FGE, Asunción, p. 53.

²³INFORME DE GESTIÓN 2005 FGE, Asunción, p. 156.

ocurridos en la ciudad de Asunción, b) Catálogo de hechos punibles, aunque en algunos casos se exige que la víctima sea el Estado u otro órgano público o que se realice de un modo determinado c) Monto, cuando el perjuicio patrimonial o el impuesto evadido superen 5350 jornales mínimos.

El catálogo de hechos punibles, era el siguiente:

- a) Hechos punibles contra el patrimonio de instituciones públicas, cometidos por funcionarios públicos en ejercicio de sus funciones.
- b) Exacción
- c) Evasión de impuestos
- d) Contrabando
- e) Lavado de dinero
- f) Hechos punibles de Conducta conducente a la quiebra, Conducta indebida en situaciones de crisis, Favorecimiento de acreedores y Favorecimiento del deudor, cuando hayan sido cometidos a través de entidades de intermediación financiera supervisadas por la Superintendencia de Bancos.
- g) Hechos punibles cometidos en conexidad con algunos de los antes señalado, cuando la persecución penal dentro de la misma causa resulta conveniente para el esclarecimiento de todo el caso.

En la referida Resolución N° 999, se asignó a diez agentes fiscales a integrar la Unidad y un Fiscal Adjunto como encargado del área, según la organización jerárquica del Ministerio Público²⁴.

Con estrecha vinculación a la unidad de Delitos Económicos y bajo la jerarquía del mismo Fiscal Adjunto, por Resolución FGE N° 988 del 30 de mayo de 2005, el Fiscal General del Estado resolvió crear la Unidad Fiscal Anticorrupción, a la cual fueron asignados dos Agentes Fiscales.

²⁴ Art. 6, LOMP.

La competencia que se asignó a dicha Unidad abarcaba a hechos ocurridos en la ciudad de Asunción, que se incursaran en el siguiente catálogo de hechos punibles:

- a) Enriquecimiento ilícito de funcionarios públicos (art. 3, Ley 2523/04)
- b) Extorsión y Extorsión agravadas cometidas por funcionarios públicos en ejercicio de sus funciones (arts. 185 y 186 del CP)
- c) Cohecho pasivo (art. 300 del CP)
- d) Cohecho pasivo agravado (art. 301 del CP)
- e) Soborno (art. 302 del CP)
- f) Soborno Agravado (art. 303 del CP)
- g) Prevaricato (art. 305 del CP)
- h) Hechos punibles cometidos en conexidad con algunos de los antes señalado, cuando la persecución penal dentro de la misma causa resulta conveniente para el esclarecimiento de todo el caso.

Finalmente, en el año 2007, el Fiscal General del Estado, a través de la Resolución FGE N° 2248 del 1 de agosto, dispuso que ambas unidades antes citadas fueran integradas bajo la denominación de Unidad Especializada de Delitos Económicos y Anticorrupción. En cuanto a la competencia territorial no hubo modificación, se mantuvieron igualmente los hechos punibles que ya se preveían en las resoluciones Nros. 999 y 988, aunque se adicionaron otros, a saber:

- a) Hechos punibles contra el Patrimonio del Estado contenidos en la ley 2880/06²⁵.
- b) Adquisición Fraudulenta de Subvenciones (art. 262 del CP)
- c) Tráfico de influencias (art. 7, Ley 2523/2004)
- d) Administración en provecho propio (art 8, Ley 2523/2004)
- e) Cobro indebido de honorarios (art. 313 del CP)

²⁵ Esta ley fue derogada por la Reforma del Código Penal, ver art. 2, inc.2° num. 5 de la ley 3440/08.

El último hecho punible agregado al catálogo es el de Financiamiento del Terrorismo, el cual se encuentra previsto en el art. 3 de la ley 4024/2010. Tal competencia es producto de la Resolución FGE N° 4823 del 9 de diciembre de 2011.

En el ámbito del juzgamiento no se han establecido especializaciones. Si bien, por Resolución N° 465 del 23 de agosto de 2005, la Corte Suprema de Justicia ha asignado a tres jueces penales de garantías de Asunción, la competencia en todo el país para autorizar intervención de comunicaciones, allanamiento o cualquier otro acto de urgencia, en casos de corrupción. No obstante, una vez que el Fiscal interviniente formule un Acta de Imputación, el caso estará bajo el control del Juez de Garantías con competencia territorial y turno.

Asimismo, por acordada N° 676 del 8 de febrero de 2011, la Corte Suprema de Justicia designa a un Juez Penal de Garantías especializado en Delitos Económicos. Su competencia territorial se circunscribe a Asunción y los “casos” donde interviene son:

- i) Contrabando (Ley 2422/04, Código Aduanero)
- ii) Lavado de dinero (art. 196 del CP)
- iii) Financiamiento de Terrorismo (art. 3, Ley 4024/2010)
- iv) Tráfico de Armas (Ley 4036/2010)
- v) Violación de los Derechos de la Propiedad intelectual

La CSJ ha expuesto en la citada acordada que es su compromiso *sostener y optimizar un sistema que garantice el éxito de la lucha contra la corrupción y la impunidad. Por ello, la especialización en cuanto a materias permite que la sociedad dirima sus controversias a través de Magistrados particularmente competentes en cuanto a los hechos punibles a ser juzgados*. Igualmente se invoca el Undécimo Congreso de las Naciones Unidas sobre prevención del Delito y Justicia Penal²⁶.

²⁶ Bangkok-Tailandia, 18 al 25 de abril de 2005.

En cuanto al listado de hechos punibles con respecto a los cuales se otorgó intervención al Juez Especializado en Delitos Económicos, corresponde formular algunas precisiones. En los últimos tres sólo se menciona unos *nomen juris* sin indicar la ley y el artículo en particular. Entre estos, el Financiamiento de Terrorismo resulta ser el más claro, pues con ese nombre se denomina el hecho punible contenido en el artículo 3 de la ley 4024/2010.

Ahora bien, Tráfico de armas y Violación de los Derechos de la Propiedad intelectual, representan un problema, debido a que no existen en la legislación vigente, tipos penales que se denominen de esa manera.

En cuanto al tema de armas, entra en consideración la ley 4036/2010. En la misma se tipifican hechos punibles entre los arts. 94 al 103. Ninguno de ellos tiene denominación de Tráfico de armas, con lo cual parecería que todos ellos podrían ser de competencia del Juzgado Penal de Garantías Especializado en Delitos Económicos.

Pero si tal hipótesis fuera descartada y se quiere acotar la competencia, entonces el Tráfico ilícito (art.98) y el Ingreso por aduana no autorizada (art. 96), parecerían ser los más adecuados. El primero, porque está relacionado a la criminalidad organizada y el segundo, porque es un contrabando que se cualifica el objeto.

Otro inconveniente es la utilización de la frase Violación de los Derechos de la Propiedad intelectual. Es importante acotar que en el lenguaje del Código Penal los bienes jurídicos protegidos son: Derecho de autor y derechos conexos y Propiedad marcaría e industrial.

Sin embargo, a los efectos de desentrañar el significado, puede tomarse como base la Declaración Mundial sobre la Propiedad Intelectual²⁷ del 26 de junio del año 2000, la misma es entendida

²⁷Votada por la Comisión Asesora de las políticas de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI).

como “*cualquier propiedad que, de común acuerdo, se considere de naturaleza intelectual y merecedora de protección, incluidas las invenciones científicas y tecnológicas, las producciones literarias o artísticas, las marcas y signos distintivos, los dibujos y modelos industriales y las indicaciones geográficas*”²⁸. Sobre esta base y criterio interpretativo, el Juez Penal de Garantías tiene competencia en los hechos punibles señalados en los arts. 184a, 184b y 184c del Código Penal.

Finalmente, en el exordio de la Acordada, la CSJ menciona la lucha contra la corrupción. Sin embargo, ninguno de los hechos punibles mencionados en la misma son de aquellos que se conocen como delitos de corrupción (tráfico de influencias, cohecho pasivo, soborno, enriquecimiento ilícito, entre otros)

Ahora bien, en caso que la CSJ decida modificar la Acordada por la cual se asigna un Juez Penal de Garantías especializado en Delitos Económicos, convendría precisar los hechos punibles, indicando exactamente el artículo y la ley dónde se encuentra contenido, a fin de evitar posibles confusiones. Tal como se puede advertir en las reglas actuales.

A modo de conclusión a este apartado. La utilización en nuestro país de la frase *Delitos Económicos*, tanto en una Unidad dentro del Ministerio Público como en un Juzgado Penal de Garantías, no se ajusta necesariamente a lo que en doctrina podría sostenerse como tales. Si bien, en el caso específico del Ministerio Público, el catálogo de hechos punibles que son competencia de la unidad especializada, obedecen más a criterios utilitarios que dogmáticos.

²⁸Ver en http://www.wipo.int/about-wipo/es/pac/ip_declaration.htm [revisado 15-11-2011).

3. Recomendaciones para optimizar el sistema actual.

Es aconsejable la creación de un “fuero económico” en el seno del Poder Judicial, que, en lo atinente al aspecto procesal estático puede orientarse según las siguientes directrices:

- a) Como los conocimientos específicos son determinantes para el juzgamiento propiamente, es recomendable la creación de Tribunales de Sentencia especializados, así como Tribunales de Apelación especializados en la materia. Las modificaciones afectarían estas dos instancias en las etapas mencionadas.
- b) Por cuestiones prácticas puede iniciarse la incorporación en la Capital, sin perjuicio de seguir el modelo en forma sucesiva en otras circunscripciones con sede en ciudades de importante movimiento económico.
- c) Cabe destacar que la Corte Suprema de Justicia, mediante acordadas o resoluciones administrativas ha organizado la competencia de jueces dentro del fuero penal (v. gr. en la etapa intermedia²⁹, otorgar órdenes urgentes en caso de Drogas³⁰ y Corrupción³¹, últimamente ha establecido que los Tribunales de Sentencia tengan una composición permanente), con base a esta experiencia, el máximo órgano jurisdiccional podría, a través de una acordada, organizar la competencia de algunos tribunales de sentencia y apelación en temas de Derecho Penal Económico.
- d) Sin embargo, la creación del Fuero Penal Económico se debería dar a través de una ley. Esta posición se funda principalmente en que el art. 265, segundo párrafo, de la Constitu-

²⁹Acordada 274/03.

³⁰Resolución N° 1069 del 20 de septiembre de 2002.

³¹Resolución N° 465 del 23 de agosto de 2005.

ción Nacional, claramente señala que la estructura y funciones deben ser determinadas por ley, y en tal sentido, el Código de Organización Judicial³² no reconoce en el fuero penal una competencia por tipo de hechos punibles. Es decir, establecer competencia para ciertos hechos punibles, es para nosotros una reserva de ley.

Por otro lado, una ley dará la oportunidad no sólo de establecer la competencia, sino también se podrá abordar en ella algunos asuntos procesales específicos para estos hechos punibles y que el Código Procesal Penal, bastante deficiente para procesar este tipo de casos, actualmente no los regula.

Es importante apuntar que en virtud al art. 203 de la Constitución, la Corte Suprema tiene iniciativa legislativa, por lo que se debería trabajar en un proyecto de ley que incluya los puntos señalados más arriba y que se desarrolle con la participación de los diversos sectores comprometidos³³.

- e) Independientemente de si la regulación se hace por acordada o por ley, deberían tenerse en consideración, los siguientes puntos:
- Los jueces que integrarían el o los tribunales especializados pueden ser seleccionados en base a perfiles objetivos entre los actuales jueces de sentencia y los actuales miembros de tribunales apelación respectivamente.
 - Estos jueces deben ser sometidos a un programa de entrenamiento y capacitación para la adquisición de los conocimientos teóricos. En lo referente al conocimiento práctico, devendrá de la permanente atención a los casos reales, apoyado por un sistema de retroalimentación adecuado (como v. gr. una base de datos de la jurisprudencia hasta ahora existente y a ser actualizada con la que se vaya generando).

³²Ver art. 12.

³³Ministerio Público, Gremio de Abogados, Catedráticos de Derecho Penal y Procesal Penal.

- A los efectos específicos de la competencia es recomendable la creación de un catálogo de hechos punibles, pudiendo servir de guía o modelo la resolución administrativa del Ministerio Público que establece la competencia de la UDEA. Los hechos punibles de Evasión de Impuestos, Adquisición Fraudulenta de Subvenciones, Contrabando, Conducta conducente a la quiebra, Conducta indebida en situaciones de crisis, Promoción Fraudulenta de Inversiones, Favorecimiento de acreedores y de Favorecimiento de deudor, y los hechos punibles previstos en la ley de mercado de valores, por ejemplo, pueden motivar directamente la competencia de los tribunales especializados, ya que en estas hipótesis por regla general se dan las complejidades a que se hizo referencia líneas arriba.
- En relación a los hechos punibles como la Estafa, las Operaciones fraudulentas por computadora, la Lesión de Confianza, la Usura, Soborno, Cohecho, pueden ser competencia de los Tribunales especializados, en tanto que para el enjuiciamiento del caso fueran necesarios especiales conocimientos de la vida económica³⁴. Este elemento normativo que iría siendo concretizado a lo largo de la ejecución de un eventual proyecto tendría la finalidad de filtrar casos, con el fin de favorecer la concentración de estos tribunales en los procesos que motiven su creación. Con respecto a la competencia para estos últimos hechos punibles no deberían ser relevantes criterios como la gravedad del hecho, monto del perjuicio, el número de participantes o víctimas etc.
- Por otro lado, a fin de ser consecuentes con el concepto de “hecho” en sentido procesal, deben ser abarcados por la competencia de estos tribunales los hechos punibles que concurren con los hechos de la competencia originaria, así como todas las formas de aparición de los hechos punibles, por ejemplo, cuando se trate del juzgamiento de una instigación, complicidad, o una tentativa.

³⁴Este el modelo adoptado en Alemania, ver § 74c, párrafo 1 GVG.

No obstante la creación de tribunales especializados en Derecho Penal Económico, se considera pertinente la capacitación de los actuales Jueces de Sentencia y miembros de Cámaras de Apelación en temas de esta rama del derecho, tanto en la parte material como formal. Del mismo modo, sería conveniente la creación por parte de la Corte Suprema de Justicia de un Departamento de asesoría técnica en materia de Derecho Penal Económico, a fin de secundar a los magistrados en la tarea de interpretar los hechos que requieren conocimientos técnicos especiales.

Creemos firmemente que, con estas medidas sugeridas, se podrían disminuir los casos de Delitos Económicos que logran quedar impunes.

4. Abreviaturas

- Art.:** artículo
BCP: Banco Central del Paraguay
CGR: Contraloría General de la República
CN: Constitución Nacional
CP: Código Penal (ley 1160/97 y su modificatoria ley 3440/08)
CPP: Código Procesal Penal
CSJ: Corte Suprema de Justicia
FGE: Fiscalía General del Estado
GVG: Gerichtsverfassungsgesetz (Ley [federal] sobre la constitución de los tribunales)
Inc.: inciso
LOMP: Ley 1562/2000 Orgánica del Ministerio Público
Num.: numeral
p / pp: página/páginas
PE: Parte Especial
PG: Parte General
StGB: Código Penal Alemán
UDEA: Unidad de Delitos Económicos y Anticorrupción
§: párrafo; equivalente en nuestra nomenclatura a la palabra “artículo”)

ANEXO

Estadísticas de los Casos llevados por la UDEA hasta el 30-04-2010

Causas con mérito de Juicio Oral				
Año	Acusaciones Pendientes de Audiencia Preliminar	Acusaciones Pendientes de Juicio Oral	Causas con Suspensión Condicional de Procedimiento	Causas con Procedimiento Abreviado
1996	-	-	-	-
1997	-	-	-	-
1998	-	-	-	-
1999	-	-	-	-
2000	-	-	1	2
2001	2	3	1	3
2002	2	3	10	2
2003	4	2	12	4
2004	5	2	27	6
2005	8	4	6	9
2006	12	7	18	7
2007	9	5	12	5
2008	12	3	14	1
2009 Ene/Set	3	1	1	-
TOTAL	57	30	102	39
Periodo	Acusaciones			
1 de Junio 2009 al 30 de Abril 2010		17	14	2
TOTAL		104	116	41

Hechos punibles más frecuentemente denunciados	
Período: 1 de Junio 2009 al 30 de Abril de 2010	
Artículo	Cantidad
300	5
301	6
305	3
187	3
192	36
261	6
185	6
160	1
246	2
Ley 2523/04 art. 3	1
Ley 2523/04 art. 7	12
TOTAL	81

VI La tipicidad de la Evasión de impuestos en el Código Penal Paraguayo

Por Ricardo Preda Del Puerto

1. Introducción

El ordenamiento jurídico penal en el Paraguay contiene varias disposiciones destinadas a proteger determinados intereses patrimoniales del Estado. Pueden ser mencionadas las figuras contenidas en el Código Penal (CP), que componen el Capítulo “Hechos punibles contra el erario”¹ así como las previstas en el “Código Aduanero”².

En este esquema de protección previsto en el Paraguay, constituye el tipo penal de “Evasión de Impuestos” una herramienta importante atendiendo a que la afectación del patrimonio estatal por impago de impuestos mediante el falseamiento o la ocultación de datos relevantes para la imposición se ha vuelto frecuente en los últimos tiempos.

Aunque se debe tener en cuenta que desde el 24 de noviembre de 2010³, fecha en la cual entró en vigencia el art. 2 de la ley 4064, esta herramienta se ha vuelto prácticamente inocua en la lucha contra la informalidad. Pues con dicha norma, se requiere agotar

¹ Arts. 261 - 262 Sobre la decisión de incorporar estos artículos, ver exposición de motivos de la ley 1160/97 “Código Penal” en PETTIT, Horacio Antonio, *Código Penal Referencias y concordancias internas y comparadas, Exposición de Motivos y Fundamentos, Estructura Compositiva de los Hechos Punibles, Conceptos jurídicos- penales de la dogmática Nacional y extranjera Jurisprudencia y Leyes Complementarias*, 2ª Edición ampliada, Edit. BIJUPA, Asunción, 2007, p 68.

² Artículos 336 y concordantes de la Ley 2.422/04.

³ La ley 4064 fue publicada en la Gaceta Oficial N° 229/2010, el 23 de noviembre de 2010.

primeramente el ámbito administrativo antes de procederse penalmente. Sin dudas que todo un retroceso legislativo.

No obstante, el presente trabajo tiene por objeto describir de manera general los elementos que conforman la tipicidad de la “**Evasión de Impuestos**” así como algunas pautas relevantes para su interpretación. En otros términos el presente trabajo no representa un estudio exhaustivo del tipo legal⁴, sino apenas un delineamiento básico de las conductas previstas en el art. 261, inc. 1° del CP.

2. Antecedentes

El tipo penal de Evasión de Impuestos se encuentra contenido en el Art. 261 del Código Penal. Su incorporación en el nuevo Código, no fue una novedad para el derecho positivo paraguayo. En el hoy derogado decreto ley 71/53 se definían y sancionaban los delitos de contrabando, es decir la “evasión de tributos que gravan la importación y la exportación”, y además existía una figura antecedente en el Art. 397 del anterior Código Penal⁵.

⁴ Sólo se habla de la tipicidad establecida en el inc. 1° del art. 261, sin tocar los demás presupuestos de la punibilidad, los casos de agravación, las cuestiones procesales que pueden presentarse, etc.

⁵ El anterior Código Penal, en su versión original no poseía acápites. Sí existía una publicación de una versión del Código Penal de la Editora Intercontinental, de un trabajo del Instituto de Ciencias Penales del Paraguay. Según esta versión el artículo de referencia se denominaba “Estafa al Estado– Contrabando” y el contenido era: “*Con la misma pena del artículo anterior será castigado el que con ocultaciones dolosas o manifestaciones engañosas, perjudica al Estado en la recaudación de los derechos de importación y exportación, o en la percepción de cualquier otro impuesto o recurso que las leyes asignen al erario fiscal para sufragar los gastos públicos. Si el culpable se ha puesto de acuerdo con el funcionario público encargado de la recaudación, sufrirá éste el doble de la pena e inhabilitación especial hasta diez años.*” Cabe destacar que antes de la reforma de 1914 el mismo contenido se hallaba como art. 406. Ver GONZÁLEZ, Teodosio. El nuevo Código Penal y su exposición de motivos, Edición Oficial, Asunción 1911, p. 263.

Esta disposición tenía un “alcance” mas amplio que la actualmente vigente. Para la figura actual solo son relevantes los impuestos, en tanto que para la figura anteriormente vigente, a más de los impuestos, eran relevantes todos los recursos asignados por ley para hacer frente al gasto público⁶, como las tasas y las contribuciones. Así era, por ejemplo, relevante en este contexto el cánón que el Estado percibe por la explotación de juegos de azar u otro tipo de concesiones.

Según Teodosio González, la aplicación del artículo 397 comprendía al contrabando en todas sus formas o modalidades, a la falsa manifestación del valor de los inmuebles para el pago de la contribución territorial; a los que, en los contratos, declaran un valor menor, para eludir el pago de los impuestos sobre contratación; a los que ponen las estampillas en sus vales, recibos o efectos destinados a la venta, sujetos a este impuesto⁷.

Estos antecedentes en la legislación del Paraguay no constituyeron sin embargo las fuentes principales para la actual tipificación de la Evasión de Impuestos. Las fuentes directas son mas bien el artículo 249 del Anteproyecto del Ministerio Público⁸, y el parágrafo 370 (*Steuerhinterziehung*) de la Ordenanza Tributaria de la República Federal de Alemania (*Abgabeordnung* o *AO*)⁹.

⁶ ICED, *Evasión de impuestos. Prejudicialidad*, en Unificación de criterios de interpretación en la Unidad de Delitos Económicos y Anticorrupción del Ministerio Público, material elaborado en el marco del Programa Umbral, Asunción 2008, p. 143 (www.iced.org.py).

⁷ GONZÁLEZ, Teodosio. *Derecho Penal, Tratado bajo el doble aspecto científico y social*, Tomo III, Edit. La Colmena, Asunción 1928, p. 183.

⁸ FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO DE PARAGUAY, *Anteproyecto de Código Penal*, propuesta de reforma estructural de la justicia penal, Asunción, 1994, pp. 231-232.

⁹ Al hacer referencia a reglas de la AO se utilizará el trabajo de traducción de SCHUSTER, Carla. *Ordenanza Tributaria Alemana, Abgabenordnung, 2000*, Edit. Colex, Madrid 2001, caso contrario se citará específicamente la fuente de la traducción.

3. Bien jurídico protegido

La *evasión de impuestos* puede ser vista como un ataque al patrimonio o a intereses patrimoniales del Estado¹⁰. No se abarca todo el espectro patrimonial del Fisco, sino lo atinente a la recaudación del Impuesto. En otras palabras: el ingreso (recaudación) completo y oportuno del impuesto¹¹.

Aparte de esta tesis patrimonialista¹², se reconoce también que la evasión de impuestos, podría, al menos, afectar, otros intereses. En tal sentido, en virtud a la segunda frase del artículo 128 de la Constitución, todos los habitantes deben colaborar en bien del país, prestando los servicios y desempeñando las funciones definidas como carga pública, que determinen la Constitución y la ley¹³.

Considerando a los impuestos como carga pública que obliga a los ciudadanos a soportar el peso del Estado en la medida de su capacidad contributiva –art. 179, segunda frase de la CN–, *cuando* un contribuyente proporciona datos incompletos de sus ventas, la liquidación impositiva practicada de esta manera, no sólo impedirá al Estado recaudar el impuesto debido, sino al mismo tiempo

¹⁰Entendido tanto el Estado central, como las municipalidades y gobernaciones. .

¹¹ Así en nuestro país, ICED. *Evasión de impuestos. Prejudicialidad*, Op. Cit., p. 144; LÓPEZ CABRAL, Miguel Oscar, *Código Penal Paraguayo comentado y concordado*, 2ª Edición, Edit. Intercontinental, Asunción 2009, p. 639; en España BUJAN PÉREZ- Martínez Carlos. *Derecho Penal Económico Parte Especial*. Tirant lo Blanch. Valencia 1999 p. 329; en Argentina RIQUERT, Marcelo A. *Cuestiones de Derecho Penal y Procesal Tributario* 2da. Ed. Ediar Buenos Aires 2004, p 77; en Alemania TIEDEMANN, Klaus. *Lecciones de Derecho Penal Económico*, Edit. PPU, Barcelona, 1993, p. 40. Sobre las opiniones contrarias ver entre otros, GARCÍA CAVERO, Percy. *Derecho Penal Económico Parte Especial Tomo II*, Edit. Grijley, Lima 2007, p. 603.

¹²El artículo 178 de la CN establece que para el cumplimiento de sus fines, el Estado establece impuestos, tasas y contribuciones. Aunque como veremos más adelante, la protección penal sólo se le dispensa a la recaudación de impuestos y no a los demás tributos.

¹³Al respecto, VAN WEEZEL, Alex. *Delitos Tributarios*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2007, p. 16

soslayará la obligación del art. 179 y este ciudadano, en detrimento de los demás que sí liquidaron sus impuestos verazmente, soportará el peso del Estado con una notable desproporción a su favor.

Así por ejemplo, a la Evasión de impuestos, en su articulación con el sector privado, se le reconoce como efecto la distorsión de la competencia, dañando gravemente el principio de igualdad y equidad fiscal en perjuicio de aquellos contribuyentes o responsables que cumplen debidamente sus cargas tributarias¹⁴. Pues aquellos comerciantes que no incluyan en sus costos los impuestos, tienen una privilegiada posición, en cuanto a los precios a ofertar al público, con relación a los que sí tributan.

4. La tipicidad objetiva

Del texto del tipo legal se deriva con relativa facilidad que se presupone la existencia de una relación jurídico-tributaria, en virtud de la cual surja un crédito a favor del Estado en concepto de impuestos¹⁵.

Como ya se mencionaran, sólo es relevante en este contexto la relación jurídica que determina la obligación de pagar impuestos, no así la que determine la obligación del pago de otros tributos¹⁶. Una interpretación que proponga que la expresión *impuesto* es comprensiva de los demás tributos no podría conciliarse con el principio de legalidad, específicamente en lo concerniente a la prohibición de la analogía para fundar una sanción. Habiendo hecho estas aclaraciones corresponde desarrollar ahora los tipos penales:

¹⁴En esta posición, FOLCO, Carlos María; ABRALDES, Sandro y LÓPEZ BISCA-YART, Javier. *Ilícitos Fiscales*. Edit. Rubinzal Culzoni. Santa Fe-Argentina 2004, p. 24.

¹⁵Según los arts. 44 y 179 de la Constitución paraguaya, sólo podrá establecerse tributos por ley en sentido formal; es decir, ninguna norma inferior a ella podría generar una obligación jurídico-tributaria.

¹⁶Entiéndase excluidas las tasas y contribuciones; mas detalles sobre la clasificación de tributos en: PEÑA VILLAMIL, Manuel. *Derecho Tributario Tomo II*. Edit. Universidad Católica. Asunción 1995, pp. 40- 55.

4.1. Proporcionar datos falsos o incompletos sobre hechos

El numeral primero del inciso primero del Art. 261 hace referencia a proporcionar datos falsos o incompletos sobre “hechos”... Los “hechos” son las circunstancias del mundo real. Circunstancias, sucesos, o acontecimientos del presente o del pasado, susceptibles de ser corroborados¹⁷.

Los hechos que son relevantes -en este caso- son aquellos que realizarían la tipicidad de la ley tributaria que sirve de fundamento a una pretensión impositiva o una obligación tributaria. También naturalmente son relevantes aquellos hechos que determinan el monto de la prestación. En síntesis, son relevantes en el sentido del Art. 261, todos aquellos hechos que puedan influir sobre el fundamento y monto de una obligación impositiva o un beneficio impositivo¹⁸.

En primera línea entonces se encuentran las declaraciones falsas sobre hechos tributariamente relevantes. La falsedad no sólo aplica a afirmaciones incorrectas, sino también respecto de afirmaciones incompletas¹⁹. Es evidente que para determinar qué hechos son tributariamente relevantes resulta necesario tener como referencia la normativa que regula el tributo²⁰, por lo que el engaño no solamente puede presentarse respecto de hechos falsos, sino también respecto de valoraciones jurídicas insostenibles con las que se pretende

¹⁷Ver MEZGER, Edmundo. *Derecho Penal. Libro de estudio Tomo II Parte Especial. 6ª Edición. Edit. El Foro. Bs. As. Reimpresión año 2001. p 240*; también ROMEIRO, Gladys N., *Delito de Estafa. 2ª Edición. Edit. Hammurabi-Bs As. 1998. p 129*.

¹⁸ICED. *Evasión de impuestos. Prejudicialidad*, Op. Cit., p 146

¹⁹Así en el Derecho penal alemán, VON DER HEIDE, *tatbestands-und Vorsatzprobleme*, p 66 y ss.; KOHLMANN, *Steuerstrafrecht*, Kommentar, § 370, n.m 247, citados por GARCÍA CAVERO, Percy. *Derecho Penal Económico Parte Especial Tomo II*, Edit. Grijley, Lima 2007, p. 617

²⁰VON DER HEIDE, *tatbestands-und Vorsatzprobleme*, p 65 y s. (GARCIA CAVERO, p 617); en nuestro país ICED, *Evasión de impuestos. Prejudicialidad*, Op. Cit., p. 146.

mantener en error a la administración tributaria sobre aspectos tributariamente relevantes²¹.

En cuanto a la forma de expresión de estos hechos, de acuerdo al contexto en el que se encuentra enmarcada la conducta, generalmente va a ser escrita. En Paraguay, la mayoría de los impuestos se liquida mediante el llenado de formularios de declaración jurada²².

Por lo general, la actuación del autor se materializa durante el procedimiento de determinación del tributo, en donde se verifica la realización del hecho imponible. A los efectos de determinar la conducta del autor, no interesa que el tributo sea autoliquidable o lo determine la propia administración tributaria, pues en ambos casos el sujeto que declara tiene la posibilidad de falsear la información sobre la que se hace la liquidación de los tributos. Esto no excluye la posibilidad de que éste tenga lugar en otro momento, como en el procedimiento de fiscalización, de recaudación o incluso en la ejecución coactiva²³.

En el mismo sentido expuesto por nosotros, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia ha afirmado; *Lo que castiga la norma penal es la proporción de datos falsos o incompletos sobre hechos relevantes para la determinación del tributo, y del cual surjan diferencias entre lo ingresado al fisco y lo que debería haber ingresado. Esto resulta así a partir de que los impuestos son determinados y recaudados por el método de declaración jurada*²⁴.

²¹ Así la jurisprudencia alemana KUMMER, HbWiStR, Wabnitz/Janovsky (Hrsg.) 2. Aufl., 18, n.m 18. Críticamente KOHLMANN, *Steuerstrafrecht*, Kommentar, § 370, n.m 236; según GARCÍA CAVERO, p 618.

²² El IVA, el impuesto a la Renta Comercial son autoliquidados; en cambio, el impuesto Inmobiliario es liquidado por la administración.

²³ JOECKS, *Steuerstrafrecht*, Franzen/Gast/ Joecks (Hrsg.), § 370, n.m 226 y ss.; VON DER HEIDE, *tatbestands-und Vorsatzprobleme*, p 131 y s.; HOFF, *Das Handlungsunrecht*, p. 124 y ss. Citados por GARCÍA CAVERO, p. 619.

²⁴ Ver Acuerdo y Sentencia N° 53 del 02 de marzo de 2005. Causa “Recurso extraordinario de casación interpuesto en la causa Assad Ahmad Barakat s/ Evasión de impuestos” (fallo unánime).

4.2. Omitir proporcionar datos sobre hechos

En el num. 2 del inc. 1º del art. 261 del CP, se establece: **“El que omitiera en contra de su deber, proporcionar a las entidades receptoras, datos sobre tales hechos”**. Esta regla está vinculada al num. 1, en cuanto a que en éste se determina que los hechos son aquellos relevantes para la determinación del impuesto.

Entonces la hipótesis prevista es omitir proporcionar datos sobre hechos de relevancia para la imposición, incumpliendo un deber que manda proporcionar esta información a la Administración²⁵.

No se debe perder de vista que la obligación de declarar tiene lugar cuando se produce la actividad gravada²⁶; por tanto, no es un requisito previo que la persona se inscriba como contribuyente en el registro respectivo.

En cuanto a la segunda modalidad omisiva prevista en el art. 261 del CP (inc. 1º, num. 2), se describe la hipótesis del que: **“Omitiera, en contra de su deber, el uso de sellos y timbres impositivos”**.

Al respecto cabe apuntar que de acuerdo al ordenamiento impositivo paraguayo los sellos y timbres impositivos²⁷ son utilizados principalmente para honrar el Impuesto Selectivo al Consumo. La utilización es necesaria, por ejemplo, en casos de importación o primera enajenación de cigarrillos y bebidas alcohólicas. De esta manera sería punible, de con-

²⁵Según Enrique BACIGALUPO *“La tipicidad en los delitos de omisión depende del incumplimiento de un mandato de acción”*, ver su comentario al art 305, en CONDE-PUMPIDO TOURÓN, Cándido (Director), *Comentarios al Código Penal* Tomo III, Bosch, Barcelona, 2007, p. 2315.

²⁶Sobre el nacimiento de la obligación tributaria, entre otros, ver: IRACIS (art. 6 ley 125/91), Rentas de la Actividades Agropecuarias (art. 29 ley 125/91, modificado por el art. 4 de la ley 2421/04), Impuesto Inmobiliario (art 56 ley 125/91), IVA (art. 80 ley 125/91, modificado por el art. 6 de la ley 2421/04), Selectivo al Consumo (art. 102 ley 125/91).

²⁷En el lenguaje común “estampillas”.

currir los demás presupuestos, la importación o la venta de éstos bienes sin la utilización de estos sellos²⁸.

4.3. El resultado

Las modalidades descriptas deben determinar una “evasión de impuestos” o la “obtención de un beneficio impositivo indebido”. No es relevante una determinada cuantía de la evasión o el beneficio, como si lo es en el sistema español²⁹ y argentino³⁰. La relevancia de la cuantía o más precisamente de un monto para la evasión³¹, posición que Tiedemann crítica, es considerada una técnica legislativa antigua que crea, entre otros, problemas de fraude de ley y en la determinación del dolo³².

Resulta acertada la decisión del legislador nacional en no establecer montos para la evasión de impuestos, pues aparte de compartir los argumentos mencionados en el párrafo precedente, no parece razonable que para decidir acerca de lo penalmente relevante pueda haber apenas un peso o un euro de diferencia, incluso un centavo o céntimo.

Así, quien haya falsificado facturas y mentido en su declaración impositiva para evadir impuestos, pero la cuantía sólo

²⁸ ALFONSO, César. *Consideraciones generales sobre los presupuestos de punibilidad de la Evasión de impuestos*, en Ruoti Cosp, Nora Lucía, Temas de Derecho Tributarios Tomo 3, Asunción 2004, p. 106.

²⁹ Art. 305.1 del Código Penal Español.

³⁰ Art 1 de la ley 24.769 “Régimen Penal Tributario”.

³¹ De hecho que se advierte en la doctrina de estos dos países varias posiciones acerca de este asunto; por ejemplo, sobre la ubicación dogmática del monto evadido o si éste debe estar abarcado por el dolo; sobre el estado de la discusión en el caso argentino, ver BORINSKY, Mariano. *Derecho Penal Económico y de la Empresa*, Edit. Ad-Hoc, Buenos Aires 2004, pp. 103-107; en el caso español, BACIGALUPO, Enrique. *El Delito Fiscal en BACIGALUPO*, Enrique (Director) *Derecho Penal Económico*, Edit. Hammurabi, Buenos Aires 2000, pp. 311-31; BAJO FERNÁNDEZ, Miguel y BACIGALUPO, Silvina. *Derecho Penal Económico*, Edit. CEURA, Madrid, 2001, pp. 228-233.

³² TIEDEMANN, Klaus. *Lecciones de Derecho Penal Económico*, Edit. PPU, Barcelona, 1993, p. 40.

llega a \$ 99.999, 99 o € 119.999, 99, quedaría impune. Por otro lado, quien omitió declarar una venta de cuya determinación impositiva resultaría un monto de \$ 100.000 o € 120.000 a favor del fisco, sería castigado penalmente. Si esto fuera aceptable³³ y el sistema penal que lo sostiene es coherente³⁴, en todos los hechos punibles que permitan establecer un monto, debería determinarse la cuantía para considerar punible una conducta y por ejemplo, en caso de algún delito patrimonial contra el Estado, este monto debería ser al menos similar al estipulado para la Evasión de impuestos.

Ahora bien, no desconocemos los postulados de mínima intervención o *ultima ratio* del Derecho Penal, menos aún lo irracional que sería el castigo con cárcel por haber evadido un impuesto en \$ 100 o € 100³⁵. Sólo que la solución del sistema jurídico-penal paraguayo resulta mucho más acertada para la atención de cada caso particular, al no establecer un criterio rígido como el de la cuantía³⁶.

En Paraguay, la Evasión de impuestos se castiga con pena privativa de libertad de entre seis meses a cinco años o con multa. Es decir, si se considera que el caso particular es una bagatela, se podrá condenar sólo a una pena de multa, la cual puede ir de entre 5 días multas a 360 días multas³⁷.

³³Particularmente creemos que no.

³⁴En el caso español, apenas mirando en el mismo capítulo de hechos punibles contra la Hacienda Pública, se advierte una incoherencia del sistema, pues en el art. 308 la cuantía requerida es sólo de € 80.000.

³⁵ Aunque debe reconocerse que este tipo de casos ni siquiera llegan al sistema penal, ya que, o nunca son descubiertos, o si lo son, la autoridad administrativa decide no remitirlos a la justicia penal.

³⁶Este tipo de soluciones pueden favorecer a las organizaciones criminales, que justamente teniendo presente la cuantía, creen varias empresas dedicadas al mismo rubro y en todas ellas evadan impuestos sin sobrepasar el monto establecido.

³⁷El día multa se determina según las condiciones personales y económicas del autor (art. 52 inc. 1° del CP).

Por otro lado, también hay soluciones procesales, así por ejemplo, el Código Procesal Penal (CPP) establece el criterio de oportunidad para los casos de insignificancia o el reproche reducido, siempre que no generen un interés público en la persecución penal³⁸. Así también, se prevé la suspensión condicional del proceso³⁹, siendo uno de los requisitos que el Ministerio Público no tenga, en el caso particular, una expectativa de pena superior a dos años de privación de libertad.

Por tanto, el sistema permite tanto una respuesta material coherente con la poca gravedad del hecho –sólo una multa– o en todo caso, una salida procesal que no implique una sanción⁴⁰. Debe reconocerse sin embargo, como materia pendiente en Paraguay, la eliminación de la figura de la “defraudación” prevista como ilícito administrativo⁴¹, ya que ella tipifica algunas de las conductas contenidas en el art. 261 del CP; en este punto, sería mas adecuado que se adopte la misma solución de la ordenanza tributaria alemana, en cuanto que el ilícito administrativo se establezca para la conducta culposa⁴² y que la dolosa sólo se castigue en la esfera penal⁴³.

Como se expresara líneas arriba, las modalidades previstas deben determinar una evasión o un beneficio impositivo indebido. Se expone brevemente el significado de estos elementos.

³⁸ Art. 19 inc. 1° del CPP.

³⁹ En esta figura se establece un periodo de prueba que puede ir de 1 a 3 años, superado el periodo y cumplido todas las reglas de conductas por el imputado, se extingue la acción penal (Art. 21 del CPP).

⁴⁰ No debe perderse de vista que el requisito común al principio de oportunidad y a la suspensión del proceso es la reparación del daño o la voluntad de hacerlo; en la práctica, los Fiscales sólo requieren estas salidas en caso que el imputado haya saldado su cuenta con el Fisco.

⁴¹ Art. 172 de la ley 125/91 que establece el régimen tributario nacional.

⁴² Ver § 378 de la AO.

⁴³ Ver el ya señalado § 370 de la AO, fuente mediata del art. 261 del CP.

4.3.1 Evasión de impuestos

El resultado representa el daño o menoscabo al bien jurídico que se protege que, como se ha dicho más arriba, es la liquidación completa y oportuna del impuesto. La ley contempla una definición que se enuncia de la siguiente manera: *Se entenderá como evasión de impuesto todo caso en el cual exista un déficit entre el impuesto debido y el impuesto liquidado parcial o totalmente...*” Este déficit o diferencia se determina contrastando el monto debido y el monto liquidado.

4.3.2 Obtención de un beneficio impositivo indebido

El legislador ha decidido igualmente definir este resultado en la misma ley, para ello ha utilizado dos incisos del art. 261 del CP. El inc. 5° dice: *Se entenderá también como beneficio impositivo recibir indebidamente devoluciones de impuesto*; el inc. 6° establece: *Se entenderá como logrado un beneficio impositivo indebido cuando éste haya sido otorgado o no reclamado por el Estado, en contra de la ley*. En el primero de los incisos se requiere que haya un reembolso de un impuesto, mientras que la cuestión en el inc. 6° parece no hacer mención a reembolso, sino por un lado, al otorgamiento de un beneficio impositivo contra la ley o al no reclamo del disfrute del beneficio indebido; es decir, en la primera habrá una actividad por parte del Estado –otorgar- y en la segunda una omisión de reclamar.

Aunque se debe reconocer que una correcta delimitación entre ambos resultados –la evasión y el beneficio impositivo indebido– no resulta del todo fácil en la práctica⁴⁴, se puede decir que la evasión de impuestos es propia de la fase de liquidación –se practique esta por la administración o sea producto de una auto-declaración–; en cambio, el beneficio impositivo indebido resulta más común en el marco del procedimiento de recaudación y

⁴⁴ Así CORDERO GONZÁLEZ, Eva María. El Delito Fiscal en el Ordenamiento Alemán, op. cit., p. 83, con varias referencias de la doctrina alemana.

ejecución forzosa, cuando se logra una minoración de la deuda ya liquidada o se obtiene un tratamiento beneficiosos de forma individualizada⁴⁵.

Consumación

En los impuestos que se gestionan a través de la autoliquidación (IVA, Impuesto a la Renta), la evasión se consume al momento en que la misma es presentada a la administración, o en caso de omisión, al vencimiento del plazo establecido para presentarla. Respecto a los impuestos que son liquidados por la Administración (Impuesto inmobiliario) con la presentación de la declaración falsa o incompleta y en caso de omisión tras la finalización del plazo para declarar, sólo habrá una tentativa⁴⁶; la consumación en tanto, se producirá cuando la Administración emita la liquidación.

Los actos anteriores a la presentación de la declaración que buscan facilitar su realización constituirán actos preparatorios impunes (p.e. la falsificación de boletas de pago para respaldar gastos inexistentes)⁴⁷. En el caso del ejemplo, si bien sería un acto preparatorio de Evasión de impuestos de por sí resulta en un hecho consumado de producción de documento no auténtico (CP art. 246, inc. 1°, 1ª variante)⁴⁸.

⁴⁵*Ibidem*, p. 84.

⁴⁶*Ibidem*, p. 83. Con citas de las sentencias del Tribunal Supremo Alemán (BGH) del 16 de mayo de 1984 y la del 7 de noviembre de 2002.-

⁴⁷HÖSER, *Vorbereitungshandlung*, p. 51; KUMMER, *HbWiStR*, Wabnitz/Janovsky (Hrsg.) 2. Aufl., 18, n.m. 40; citas de GARCÍA CAVERO, op. cit., p. 644

⁴⁸“*El que produjera...un documento no auténtico con intención de inducir en las relaciones jurídicas al error sobre su autenticidad, será castigado con pena privativa de libertad de hasta cinco años o multa*” No se debe confundir lo de inducir al error en las relaciones jurídicas como la consumación, pues ese requerimiento es un elemento subjetivo adicional al dolo y no el resultado típico exigido. Acerca de los elementos subjetivos adicionales, ver entre otros, MAURACH, Reinhart y ZIPF, Heinz. *Derecho Penal Parte General, Tomo 1, Traducción de la 7ª edición alemana (1987) por Jorge Bofill Genzsch y Enrique Aimone Gibson, Astrea, Buenos Aires 1994, pp- 395-397* o JESCHECK, Hans-Heinrich y WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho Penal Parte General, Traducción de la 5ª edición alemana (1996) por Miguel Olmedo Cardenete, Edit. Comares, Granada, 2002, pp. 339-344.*

En la doctrina y jurisprudencia alemana se ha discutido sobre el comienzo de la tentativa en el caso de autoría mediata⁴⁹, sobre todo cuando la declaración falsa es presentada ante la administración tributaria por un instrumento de buena fe. En estos casos, se afirma que la tentativa comienza con la entrega de la declaración tributaria al instrumento para que éste lo presente inmediatamente a la administración tributaria, no siendo necesario esperar a la entrega efectiva de dicha declaración tributaria.

Ejm. El abogado Pedro presenta a su contadora María los documentos para que ésta complete el formulario de declaración jurada de IVA. En el talonario de su factura de venta, Pedro no consignó los honorarios de US\$ 20.000 percibidos en un caso y en el periodo ha ser declarado, pues no quería abonar el impuesto correspondiente y aprovechó que el cliente no le había exigido factura por los honorarios. María, en desconocimiento de tal situación, completa la declaración jurada consignando sólo los honorarios asentados en el talonario de facturas.

En el caso del ejemplo, habrá tentativa acabada⁵⁰ cuando Pedro entregue los documentos a María, quien desconociendo los honorarios de US\$ 20.000 percibidos en el periodo que debe ser declarado, obrará en error de tipo.

También la jurisprudencia alemana ha interpretado, en cualquier caso, exigiendo una estricta relación entre la falta de proporción de los datos y el resultado de déficit o beneficio indebido, de modo que si a través de terceros, de comunicaciones internas entre órganos administrativos (Kontrollmitteilungen) o por cualquier vía, se tuviera conocimiento puntual de los datos necesarios para el cálculo correcto de la deuda, no cabría apreciar la consumación del injusto penal, que sólo podría castigarse en grado de

⁴⁹Con mayores referencias HÖSER, *Vorbereitungshandlung*, p. 68 y ss.; cita de GARCÍA CAVERO, *op. cit.*, p. 645.

⁵⁰En virtud al art. 27 inc. 2° del CP, la tentativa acabada tiene el mismo marco penal que el hecho consumado.

tentativa si el autor hubiera partido de la convicción de que con su conducta impedía la correcta liquidación de la deuda⁵¹.

Autoría

Existe una opinión bastante difundida en nuestro medio de que el delito de evasión de impuestos es un delito especial⁵². Esto es cierto solo en forma parcial. En las hipótesis de Omisión, en las conductas previstas en los numerales 2 y 3 del inciso 1º del Art. 261, solo puede ser autor del hecho punible de evasión de impuestos quien posee un especial deber de proporcionar datos relevantes para la determinación de un impuesto a las oficinas receptoras. Es decir, el contribuyente o un sujeto obligado⁵³.

En cambio en el caso del numeral 1º del inciso 1º, puede ser autor de la evasión cualquier persona. Esto es así ya que el texto no exige –como en el caso de los numerales 2 y 3– que la conducta sea realizada por el portador del deber de proporcionar datos, e igualmente en el in-fine del inciso 1º, puede leerse que la obtención de beneficios puede ser para sí o para otro. Este texto indica en forma clara que no necesariamente debe tratarse del contribuyente.

De esto se sigue, que puede entrar en consideración como autor quien de hecho esté en la situación de poder influir o actuar en la liquidación del impuesto debido, en perjuicio del Fisco. De

⁵¹ Así las sentencias del BGH del 30 de septiembre de 1980 y del 25 de enero de 1983. Resulta discutido, no obstante, el grado de conocimiento que debe haberse alcanzado sobre la situación tributaria del contribuyente, al respecto: DÖRN, *Vollendete Steuerhinterziehung bei Schätzungsmöglichkeit des Finanzamts?*, DSStZ 1994, 494. Todo en CORDERO GONZÁLEZ, Eva María. *El Delito Fiscal en el Ordenamiento Alemán*, en la revista Crónica Tributaria N° 123/07 (pp 69-96), Madrid, p. 76.

⁵² En este sentido, RODRÍGUEZ KENNEDY, Oscar; SÁNCHEZ DÍAZ, Cristóbal y RODRÍGUEZ QUIÑONEZ Myriam. *Apuntes de Derecho Penal Parte Especial, Asunción 2009*, p. 269, sin distinguir entre conductas activas y omisivas, ubican en el tipo objetivo la calidad de *obligado tributariamente*.

⁵³ ICED, *Evasión de impuestos. Prejudicialidad*, op. cit., p 145; LÓPEZ CABRAL, Miguel Oscar, *Código Penal Paraguayo comentado y concordado*, op. cit. 639.

hecho, que en el derecho penal alemán, fuente mediata del art. 261 de nuestro CP, la Evasión de impuestos es un delito común, tal como nos los señala García Caveró, fundado en doctrina de aquel país⁵⁴.

De la casuística de la Jurisprudencia alemana, se desprende que la condición de autor o coautor puede recaer en el asesor fiscal⁵⁵, en un empleado del contribuyente⁵⁶, en un funcionario de la Administración tributaria⁵⁷, en los empleados de instituciones bancarias y financieras⁵⁸, en el cónyuge del obligado⁵⁹.

5. El tipo subjetivo

El Código Penal contiene en el art. 17 inc. 1º una regla que estipula lo siguiente: Cuando la ley no sancionara expresamente la conducta culposa, será punible sólo la dolosa, en el art. 261 del CP no se advierte la descripción de conductas culposas⁶⁰; por tanto, sólo se castiga la conducta dolosa.

⁵⁴GARCÍA CAVERO, Percy. *Derecho Penal Económico Parte Especial*, op. cit., p. 649 nota al pie n. 124; DANZER, en *Strafverfolgung*, Kohlmann (Hrsg.), p. 85; TIEDEMANN, *Wirtschaftsstrafrecht*, BT, § 4, n.m. 106. Así también CORDERO GONZÁLEZ, Eva María. *El Delito Fiscal en el Ordenamiento Alemán*, op. cit., p. 78

⁵⁵La responsabilidad del asesor fiscal como autor se afirma desde antiguo en Alemania, así la sentencia del *Reichsgericht* del 15 de enero de 1931 o ya del BGH en su sentencia del 1 de noviembre de 1966.

⁵⁶Entre otras ver la sentencia del BGH del 24 de abril de 1952.

⁵⁷La sentencia del BGH del 28 de abril de 1998, calificó como autor de una Evasión de impuestos a un funcionario de la Administración tributaria competente para la liquidación de la deuda tributaria que, de forma consciente, liquidó el impuesto por debajo de lo debido.

⁵⁸Ver. TRAUB, *H-Täterschaft und Teilnahme*, Rn. 720 en WANNEMACHER (Hrg.), *Steuerstrafrecht. Handbuch*, cita de CORDERO GONZÁLEZ, op. cit. p. 78

⁵⁹Así por ejemplo, afirma la responsabilidad del cónyuge cuando su comportamiento fuera más allá de la mera firma de la declaración, prestando apoyo en la realización del delito, la sentencia del *Finanzgericht* de Köln del 6 de octubre de 1999, EFG 2000, 201 cita de CORDERO GONZÁLEZ, op. cit. p. 79.

⁶⁰Las formulas utilizadas por el legislador son: a) *el que por acción culposa* b) *el que realizara el hecho mediante un una conducta culposa* c) *negligencia grave; esta última en realidad es una conducta culposa con un estándar más elevado.*

Nótese que no existe el más mínimo resquicio para la discusión o interpretación, de hecho, la doctrina penal paraguaya coincide unánimemente⁶¹ en que en la Evasión de impuestos sólo se castiga la conducta dolosa⁶². Lo mismo ocurre en la doctrina internacional.⁶³

En cuanto al tipo de dolo, basta con el dolo eventual, pues no se advierte una cualificación del mismo⁶⁴. Tampoco se requiere un elemento subjetivo adicional al dolo, pues no se enuncian frases como: *con la intención de*, *con el ánimo de* o *con el fin de* que usualmente utiliza el legislador cuando pretende exigir, aparte del dolo, un elemento subjetivo adicional⁶⁵.

⁶¹ICED, *Evasión de impuestos. Prejudicialidad*, op. cit., pp 143-146; ALFONSO, César. *Consideraciones generales sobre los presupuestos de punibilidad de la Evasión de impuestos*, op. cit., p. 102; LÓPEZ CABRAL, Miguel Oscar, *Código Penal Paraguayo comentado y concordado*, op. cit. 640 RODRÍGUEZ KENNEDY, Oscar; SÁNCHEZ DÍAZ, Cristóbal y RODRÍGUEZ QUIÑONEZ Myriam. *Apuntes de Derecho Penal Parte Especial*, Asunción 2009, p. 269.

⁶²Sin embargo, inexplicablemente, un autor nacional identificado con el derecho tributario señala: *Cabe ya nuestro reparo para criminalizar la evasión simple, culposa o negligente, donde no se verifica la peligrosidad ni criminalidad en la acción, a diferencia del fraude fiscal que sí podría ser criminalizado por cuanto pasa su consumación concurre la intencionalidad o dolo*. Este autor realiza una reflexión más intuitiva que racional, pues parece que al no encontrar las palabras “fraude”, “intencional” u otra similar, concluye que se castiga la conducta culposa; lo cual revela un desconocimiento de conceptos básicos de la técnica legislativa utilizada en nuestro Código Penal, ver ELIZECHE, Marco Antonio. *Las instituciones tributarias. El sistema legal vigente y el Régimen Procesal Tributario* 2ª Edición, Edit. Litocolor, Asunción 2009, p. 386.

⁶³Entre otros, BACIGALUPO, Enrique. *El Delito Fiscal*, op. cit. 314; GARCÍA CAVERO, op. cit, p. 639, y citados por él, JOECKS, *Steuerstrafrecht*, Franzen/Gast/ Joecks (Hrsg.), § 370, n.m 238; KUMMER, *HbWiStR*, Wabnitz/Janovsky (Hrsg.) 2. Aufl., 18, n.m 36; FRICK, en *Strafverfolgung*, Kohlmann (Hrsg.), p. 38. Así también, MAIWALD, Manfred. *Conocimiento del ilícito y dolo en el Derecho Penal Tributario*, Traducción de la edición alemana (1984) por Marcelo Sancinetti, Edit. Ad-Hoc, Buenos Aires 1997, p. 19.

⁶⁴El legislador, luego de la frase *El que utiliza intencional, a sabiendas, conscientemente* para cualificar el dolo como directo de primer grado o de segundo grado.

⁶⁵Ver entre otros, los tipos penales de Hurto, Estafa, Secuestro, que sí exigen un elemento subjetivo adicional.

6. A modo de conclusión

En el Art. 261 del Código Penal puede apreciarse la tipificación de tres conductas⁶⁶ y su combinación con dos resultados. De esta manera puede afirmarse que el artículo contiene seis tipos penales, seis leyes penales completas⁶⁷ o seis variantes típicas.

En cuanto a los resultados previstos hay que diferenciar *la evasión de un impuesto* por un lado y por el otro, el *logro de un beneficio impositivo indebido*. Directamente vinculados a estos elementos se encuentran los incisos 4° al 6°, que complementan el tipo. Estas disposiciones vienen a constituir un complemento de los tipos contenidos en el inciso primero, ya que definen los resultados. Es decir, se define que se entiende por *evasión* y que se entiende por *beneficio impositivo indebido*, en el sentido del Art. 261⁶⁸.

En lo referente a las conductas previstas. En el numeral primero del inciso primero se prevé una conducta activa, en tanto que en los numerales 2 y 3 del mismo inciso dos hipótesis de omisión. Naturalmente para la consumación del tipo, en todas las variantes de conductas previstas, debe darse uno de los dos resultados previstos. Sólo se castigaran las conductas dolosas, ya sea en la modalidad activa o las omisivas. Por último, de acuerdo al marco penal del tipo base⁶⁹, se trata de un delito⁷⁰ y la tentativa es punible⁷¹.

⁶⁶Art. 261.- *Evasión de impuestos.*

1°) *El que:*

1. *proporcionara (...) datos falsos o incompletos ...;*

2. *omitiera (...) proporcionar datos... , o*

3. *omitiera (...) el uso de sellos y timbres impositivos ...*

⁶⁷Sobre el concepto de “ley penal completa” ver SCHÖNE, Wolfgang y CRISCIONI, Claudia, *Técnica Jurídica. Método para la resolución de casos penales*, Edit. BIJUPA, Asunción, 2010, pp. 35-40.

⁶⁸ICED. *Evasión de impuestos. Prejudicialidad*, Op. Cit., p. 143.

⁶⁹Según el Art. 14, inc.1° num 3 del CP: *Tipo base: el tipo legal que describe el modelo de conducta sin considerar posibles modificaciones por agravantes o atenuantes.*

⁷⁰En Paraguay los hechos punibles se dividen en crímenes (pena privativa de libertad superior a 5 años) y delitos (pena privativa de libertad de hasta 5 años y los que sólo se castigan con multas), para esta clasificación se tiene en cuenta el tipo base, ver art. 13 del CP.

⁷¹En los crímenes la tentativa siempre es punible, sin embargo en los delitos debe expresamente preverse (art. 27 inc. 1° del CP); en el caso de la Evasión de impuestos, que es un delito, la tentativa se prevé en el inc. 2° del art. 261 del CP.

VII Ley contra los delitos informáticos. Breve reseña

Por Ricardo Preda del Puerto

1. Introducción

La ley 4439 representa una modificación del Código Penal¹, fue sancionada en el Congreso Nacional el 8 de septiembre de 2011, promulgada por el Poder Ejecutivo el 3 de octubre de 2011 y publicada el 5 de octubre de 2011 en la Gaceta Oficial N° 192.

Si bien la ley sólo cuenta con dos artículos, el primero de ellos modifica tres artículos del Código Penal e introduce seis nuevos artículos al mismo cuerpo legal. Todos ellos se encuentran en la Parte Especial del Código Penal.

Ahora bien, hay que destacar que castigar delitos informáticos no resulta una novedad de esta ley, pues nuestro vanguardista Código Penal de 1997 ya previó varios hechos punibles que atienden a la criminalidad informática². Entre otros, arts. 174, 175, 188 y 248 del CP, versión ley 1160/97. Tanto las reglas ya contenidas en el Código Penal desde 1997, como las incorporadas a través de la ley 4439 en el año 2011 (catorce años después) tienen como fuente al StGB alemán³, por lo tanto su doctrina—a falta de la nacional⁴— será utilizada frecuentemente en el presente comentario.

¹ Puede ser considerada la segunda en importancia, luego de la ley 3440

² Ver Anteproyecto del Ministerio Público, pp. 73 y 78

³ Para más detalles sobre el desarrollo del fenómeno de la criminalidad informática en aquel país, Tiedemann (1985), pp. 481-492, Tiedemann (1998), pp. 215-233, Tiedemann (2008), pp. 439-450.

⁴ Los Comentarios de la Parte Especial conocidos: Mora Rodas (2009), López Sosa (2009) y Centurión Ortiz (2011) tienen un escaso desarrollo de los hechos punibles referidos a la Criminalidad Informática

Por último, sólo cabe acotar que este trabajo no es un análisis profundo de esta nueva ley, sino apenas pretende describir brevemente el contenido de ella.

2. La modificación de artículos

Tal como lo señaláramos antes, la ley ha modificado tres hechos punibles; ellos son los previstos en los artículos 140, 175 y 188 del Código Penal. En el caso del primero de los artículos, es en la versión de la ley 3440/08, mientras que en los otros dos casos se tratan de las versiones originales del Código Penal (Ley 1160/97).

2.1. Pornografía relativa a niños y adolescentes (art. 140 CP)

La modificación de este artículo tuvo tres puntos. El primero, se reformuló el num. 1 del inc. 1°, simplificando los dos tipos penales contenidos en el mismo. Es así que se eliminaron en ambos los elementos subjetivos adicionales que establecían, además del dolo, una finalidad al producir las publicaciones.

El segundo punto consistió en introducir en el num. 1 del inc. 3°, como una facultad para la agravación del marco penal, dar acceso a niños (menores de 14 años) tanto a publicaciones como espectáculos conforme a los incisos 1° y 2°. Anteriormente sólo se consideraba en este numeral cuando los niños participaban como parte de las publicaciones o los espectáculos y no cuando se les daba acceso para que los vean⁵.

Por último, la ley 4439 derogó el inc. 6°, el cual establecía: Los condenados por la comisión de hechos punibles descriptos en este artículo, generalmente no podrán ser beneficiados con el régimen de libertad condicional. La eliminación del inciso es correcta, pues éste no se correspondía con lo establecido en el art. 20 de la CN.

⁵ Esta variante si está comprendida en la fuente de nuestro art 140, que es el § 184 del StGB, al respecto y con citas de Ulrich Sieber, ver Aboso/Zapata, pp. 157-158.

Por otro lado, si la idea es no otorgar libertad condicional a personas que podrían reincidir, ya resultan suficientes las reglas contenidas en el art. 51 del CP.

2.2. Sabotaje de sistemas informáticos (art. 175 CP)

El art. 175 Sabotaje de computadoras pasa a denominarse Sabotaje de sistemas informáticos. También se amplía el alcance del tipo, al eliminar el requerimiento de que los datos sean de importancia vital e incluyéndose a los “particulares” como posible objeto del ataque.

Anteriormente, el tipo objetivo era más restringido, en cuanto a que exigía que el procesamiento de datos sea de importancia vital. Con la reforma, basta obstaculizar un procesamiento de datos, sea o no importante para el titular.

La modificación se aparta de la fuente alemana de nuestro art. 175 (§ 303b StGB)⁶ y carece de un fundamento político-criminal, pues desde la vigencia del Código Penal (28-nov.1998), nadie ha advertido que debido al requerimiento importancia vital alguna conducta no pueda ser castigada, al menos por otros artículos. Por ejemplo, el art. 174 Alteración de datos o algún delito común como el Daño o el Hurto. Éstos últimos, siempre y cuando nos refiramos a los soportes de los datos, como podrían ser el Disco Duro o un DVD, pues sólo ellos serían considerados cosas a los fines de nuestro Código Penal⁷.

2.3. Estafa mediante sistemas informáticos (art 188 CP)

El anterior Operaciones fraudulentas por computadora es rebautizado como Estafa mediante sistemas informáticos. También se reformulan los términos en los que se enuncian la modalidades

⁶ Tiedemann (2008), pp. 449 y 513; Aboso/Zapata, pp. 189-190.

⁷ Al respecto ver Alfonso/Contreras, pp. 21-23.

contenidas en los numerales del inc. 1°. Aunque se debe aclarar que la interpretación de los tipos penales ahí contenidos no se alteran⁸.

Sin embargo, la modificación más significativa consiste en la inclusión de un inc. 3° en el cual se prevé el castigo de conductas consistentes en actos preparatorios de los tipos penales señalados en el inc. 1°. Por último, se adiciona un inc. 4° vinculado estrechamente al anterior, pues prevé casos en los cuales se elimina la punibilidad si se colabora en evitar que los actos preparatorios se consumen.

3. Introducción de nuevos artículos

Por otro lado, en la misma ley se amplía el Código Penal, introduciéndose los Artículos 146b, 146c, 146d, 174b, 175b, y 248b. La primera observación que debe señalarse es la incorrecta técnica legislativa de renombrar los artículos a partir de la letra “b”. Es importante destacar que los países⁹ que utilizan letras para convertir un número de artículo en otro, inician con la letra “a”, además el artículo original queda siempre con el número sin agregarle letras.

Así por ejemplo, en el presente caso los nuevos artículos debieron haber sido: 146a, 146b y 146c, quedando siempre el original art. 146 sin el agregado de ninguna letra. Ya la ley 3440 tiene un error parecido, sólo que en ese caso, si bien se iniciaba por la letra “a” se lo hacía con el artículo original, el cual debió permanecer sin letras. Por tanto, los artículos 184a, 184b y 184c, deberían ser 184, 184a y 184b. Deberían corregirse estos errores, para que el Código Penal tenga una presentación uniforme de los artículos y se adapte a una correcta técnica legislativa.

⁸ En Kindhäuser, pp. 655-668 se puede ver un análisis de los tipos penales del § 263 a StGB, fuente directa de nuestro art 188. Lo mismo, aunque más sucintamente, en Tiedemann (2008), pp. 442-447.

⁹ Verbigracia: Alemania y Suiza.

No obstante las observaciones señaladas, corresponde ahora realizar un breve análisis de los nuevos artículos incorporados al Código Penal.

3.1. Acceso indebido a datos (art 146b CP)

Este hecho punible cubre una laguna de punibilidad del fenómeno denominado Hacking y que afecta el ámbito de la inviolabilidad del ámbito de vida y la intimidad de un individuo. Dicho de una manera más sencilla, el Acceso indebido de datos sería una versión electrónica de la Violación de domicilio prevista en el art. 141 del CP, tal como lo concibe SIEBER¹⁰. Su fuente es el §202a del StGB versión del 11-08-2007. Su tipificación igualmente se adapta a la recomendación del art. 2 del Convenio de Budapest del 2001.

En el inc. 1º se advierte la formulación de la conducta prohibida, que consiste simplemente en acceder a datos no destinados al autor o igualmente hacerle accesible esos datos a un tercero, sin autorización y violando sistemas de seguridad. Los datos¹¹ deben estar protegidos justamente contra ese acceso indebido.

Por ejemplo, si un sujeto ingresa a revisar mi cuenta bancaria vía internet, debido a que logró descifrar mi contraseña de ingreso¹², sería una conducta que podría subsumirse ya en el art. 146b, inc. 1º, primera variante. Ahora bien, en caso que el sujeto, luego del acceso indebido a mi cuenta, realice una operación que menoscabe mi patrimonio, ya entrará en consideración el art. 188, inc. 1º del CP, num. 3¹³ o si luego cambiara mi contraseña por una desconocida para mí, impidiéndome por tanto el acceso a mi cuenta bancaria vía internet, entonces sería de aplicación el art. 174, inc. 1º, cuarta variante.

¹⁰ Citando a Ulrich Sieber, Tiedemann (2008), p. 441.

¹¹ El inc. 2º del art 146b define Datos. Para una explicación ver Samson, § 269, nm 9 citado por Bacigalupo, p. 78.

¹² Sobre los métodos utilizados para obtenerla, Fernández Teruelo, pp. 93-96.

¹³ Para su interpretación ver: Kindhäuser, p. 659, del mismo modo Tiedemann (2008), pp. 443-445.

En cuanto al tipo subjetivo del Acceso indebido a datos previsto en el art. 146b, se debe apuntar que sólo se castiga la conducta dolosa, aunque es suficiente el dolo eventual. El marco penal es de hasta tres años de pena privativa de libertad o multa.

3.2. Interceptación de datos (art 146c CP)

Especial atención merece el art. 146c, pues desde nuestro punto de vista, la redacción establecida por la ley 4439, resulta más que confusa. La fuente sin embargo resulta clara, pues según una traducción, el § 202b¹⁴ del StGB tiene una redacción sencilla cuando dice:

Será castigado con pena privativa de libertad de hasta dos años o con multa, cuando el hecho no es castigado con una pena mayor por otro precepto, quien empleando medios técnicos acceda o facilite indebidamente el acceso a datos que no están destinados a él (§ 202a), que provienen de una transmisión no pública o de la emisión electromagnética de un sistema de procesamiento de datos.

Es decir, lo que se debe castigar es la obtención con medios técnicos de datos no autorizados, cuando estos provengan de: a) una transmisión no pública de datos, o b) de la emisión electromagnética de un sistema de procesamiento de datos. Sin embargo, erróneamente el legislador enunció los incisos 2º y 3º del 146 c de una manera tal que lo que se tipifican son: a) dar a otro un transferencia no pública de datos b) transferir la radiación electromagnética.

Así expuestos los incisos 2º y 3º del art. 146c, tampoco satisfacen los requerimientos señalados en el art. 3 del Convenio de Budapest. Definitivamente este artículo necesita una urgente corrección, pues el contenido de dichos incisos son ininteligibles e incluso pueden llevar a conclusiones absurdas.

¹⁴Nieto Martí, en Tiedemann (2008), pp. 505-506.

Por último, el artículo contiene una cláusula de subsidiariedad. Así por ejemplo, si una conducta concreta se subsume en uno de los tipos penales del 146c así como en uno de los del 146b, será aplicable sólo este último, pues tiene un marco penal mayor. El concurso aparente en ese caso se soluciona por la regla denominada subsidiariedad formal o expresa¹⁵.

3.3. Preparación de acceso indebido e interceptación de datos. (146d CP)

En el caso del 146d, se trata adelantar la punición de actos preparatorios correspondientes a los dos artículos anteriores. En tal sentido, se castigará tanto la producción, la difusión o hacer accesible a terceros claves de acceso u otros códigos de seguridad, así como programas de computación destinados a la realización de las conductas señaladas en los arts. 146b y 146c.

Merece especial atención la cuestión de los programas informáticos que sirven para eludir las medidas de seguridad. Esto debido a que en muchas empresas se suelen utilizar ese tipo de programas para probar justamente si su sistema es seguro o no.

En Alemania, una empresa que prestaba servicios de seguridad informática, un profesor de la Universidad Técnica de Berlín y un usuario de este tipo de programas, habían solicitado al Tribunal Constitucional de aquel país, una declaración de inconstitucionalidad del inciso 1º, apartado 2 del § 202c del StGB (fuente directa de nuestro 146d, inc. 1º, num. 2).

El Tribunal Constitucional alemán rechazó las acciones planteadas¹⁶, basado en que no había habido violación de los derechos constitucionales. Según el tribunal, la legislación sólo se aplica a los programas desarrollados con la intención ilegal. Es decir,

¹⁵ Al respecto, ver entre otros: Jescheck/Weigend, p. 791 y Frister, pp. 683-684.

¹⁶ BVerfG, 2 BvR 2233/07 de 18.05.2009, http://www.bverfg.de/entscheidungen/rk20090518_2bvr223307.html

aquellos programas que son creados con una intención lícita no pueden ser abarcados por el tipo penal, aunque por su utilización pueda dársele un destino ilícito. Nótese por tanto, que la característica definitoria para considerar la conducta como cumpliendo con los presupuestos del tipo penal, es la intención del sujeto.

3.4. Acceso indebido a sistemas informáticos (174b)

Otro artículo incorporado es el art. 174b Acceso indebido a sistemas informáticos, su ubicación sistemática –hechos punibles contra otros derechos patrimoniales– no parece condecirse con las conductas castigadas, pues éstas parecen estar protegiendo el derecho a la intimidad. Es más, lo que se pretende castigar ya está cubierto por el art. 146b Acceso indebido a datos. Asimismo, el art. 174b introduce el elemento “sistemas informáticos”, lo que dentro de nuestro CP se torna confuso.

Según la definición dada por ese inciso, una computadora podría considerarse un sistema informático. Si a esto sumamos que una de las conductas es acceder al sistema informático utilizando la propia identidad, entonces, al escribir este comentario mi conducta se subsumió en el art. 174b primera variante, pues para ello accedí a mi computadora utilizando mi propio nombre de usuario. Nótese que no sólo es redundante la incorporación del 174b (basta con el 146b), sino que además podría llevar a soluciones absurdas. Este artículo debería ser derogado.

3.5. Instancia (175b del CP)

Otro artículo que se suma al Código Penal es el 175b, el cual establece que los hechos punibles señalados en los arts. 174 y 175 son a instancia de la víctima¹⁷, salvo que haya interés público en la persecución. No se hace referencia al criticado art. 174b, con lo cual para la persecución del Acceso indebido a sistemas informáti-

¹⁷ Sobre las características de esta figura del CP, ver: Preda, pp. 1096-1101.

cos no resulta necesaria la instancia. Sin embargo, quedan dudas si el legislador ha tenido efectivamente ese objetivo.

3.6. Falsificación de tarjetas de débito o de crédito y otros medios electrónicos de pago (248b)

La última incorporación introducida por la ley 4439 al Código Penal es el art. 248b Falsificación de tarjetas de débito o de crédito y otros medios electrónicos de pago, cuya fuente es el § 152a del StGB. La misma se encuentra dentro del Capítulo de los hechos punibles contra la prueba documental.

El artículo contiene cinco incisos. El 4° y el 5° definen tarjeta de crédito y medios electrónicos de pago, respectivamente. Mientras que el inciso 1°, dividido en dos numerales, contiene seis conductas, las cuales si son combinadas con los diversos objetos (tarjetas de crédito u otro medio electrónico de pago) totalizan doce tipos penales. Es así que se castiga tanto las conductas de falsificar o alterar una tarjeta de crédito u otro medio de pago electrónico, así como la de adquirirla, ofrecerla, entregarla o utilizarla.

En cuanto al aspecto subjetivo, los tipos penales requieren que se actúe con dolo (ver arts. 248b inc. 1° y 17, inc.1°, ambos del CP). Además, es necesario un elemento subjetivo adicional al dolo¹⁸, que en este caso es la intención de inducir al error en las relaciones jurídicas. Pero resulta importante aclarar una cuestión: no hace falta que efectivamente se induzca al error, sólo se requiere que al momento de realizar una de las conductas descriptas el autor tenga por finalidad engañar.

¹⁸ Sobre los elementos subjetivos adicionales, ver Maurach/Zipf, pp- 395-397 o Jescheck/Weigend, pp. 339-344.

4. Conclusiones

Nos parece bastante plausible esta segunda reforma del Código Penal. Se han cubierto algunas lagunas de punibilidad importantes, que surgieron debido a que los adelantos tecnológicos convirtieron a los clásicos delitos contra la intimidad, el patrimonio y la prueba documental como ineficientes para proteger dichos bienes jurídicos.

Sin embargo, debería corregirse el art. 146c Interceptación de datos, redactándolo de una manera similar a su fuente, (§ 202b del StGB). Por otro lado, el art. 174b Acceso indebido a sistemas informáticos debería ser derogado. Finalmente, se debería cuidar la técnica legislativa cuando se pretende reenumerar los artículos del Código Penal, pues la primera adición debería llevar la letra “a” y no la “b” como se hizo en la ley 4439.

5. Bibliografía

ABOSO, Gustavo Eduardo/ ZAPATA, María Florencia. *Ciber-criminalidad y Derecho Penal*. Edit. B de F. Montevideo-Buenos Aires. 2006. Cita: Aboso/Zapata y número de página.

ALFONSO LARANGEIRA, César/ CONTRERAS SAGUIER, Javier. *Hecho punibles contra la propiedad en el Código Penal de la República del Paraguay*. Editado por ICED. Asunción 2010. Cita: Alfonso/Contreras y número de página.

BACIGALUPO, Enrique. *Falsedad documental, estafa y administración desleal*. Edit. Marcial Pons. Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2007. Cita: Bacigalupo y número de página.

CENTURIÓN ORTÍZ, Rodolfo Fabián. *Derecho Penal Parte Especial*, Edit. La Ley. Asunción 2011. Cita: Centurión (2011).

FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO DE PARAGUAY. *Anteproyecto de Código Penal, propuesta de reforma estructural de la justicia penal*, Asunción, 1994. Cita: Anteproyecto del Ministerio Público y número de página.

FERNÁNDEZ TERUELO, Javier Gustavo. *Derecho Penal e Internet*. Edit. Lex Nova. Valladolid, 2011 Cita: Fernández Teruelo y número de página.

FRISTER, Herlmut. *Derecho Penal Parte General*. Traducción de la 4ª edición alemana (2009) por Marcelo Sancinetti. Edit. Hammurabi. Buenos Aires, 2011. Cita: Frister y número de página.

JESCHECK, Hans-Heinrich/ WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho Penal Parte General*, Traducción de la 5ª edición alemana (1995) por Miguel Olmedo Cardenete. Edit. Comares, Granada, 2002. Cita: Jescheck/ Weigend y número de página.

KINDHAÜSER, Urs. La Estafa mediante computadoras en el Código Penal Alemán (§ 263a del StGB) en Estudios de Derecho Penal Económico, AAVV [pp.649-674] Edit. Livrosca, Caracas, 2002. Cita: Kindhaüser y número de página.

LÓPEZ CABRAL, Miguel Oscar. Código Penal Paraguay comentado y concordado, 2ª Edición actualizada, Editorial Intercontinental, Asunción 2009.

MAURACH, Reinhart / ZIPF, Heinz. Derecho Penal Parte General, Tomo 1, Traducción de la 7ª edición alemana (1987) por Jorge Bofill Genzsch y Enrique Aimone Gibson, Astrea, Buenos Aires 1994. Cita: Maurach/Zipf y número de página.

MORA RODAS, Nelson Alcides. Código Penal Paraguay Comentado 4ª Edición, Editorial Intercontinental, Asunción, 2009.

PREDA DEL PUERTO, Ricardo ¿Hay una derogación del catálogo del art. 17 del CPP por la ley3440/08? en Revista Jurídica XIX, Universidad Católica de 2010 [pp. 1093-1104]. Cita: Preda y número de página.

SAMSON, Erich. Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band II, Besonderer Teil, Berlin 1994, § 267, nm 11. Cita: Samson, año, parágrafo y número marginal.

TIEDEMANN, Klaus. Manual de Derecho Penal Económico Parte General y especial. 2das. ediciones alemanas PG (2007) y PE (2008) Edit. Tirant lo Blanch. Valencia 2010. Cita: Tiedemann (2008) y número de página.

TIEDEMANN, Klaus. Derecho Penal y Nuevas Formas de Criminalidad. Edit. Grijley. Lima, 2007. Cita: Tiedemann (1998) y número de página.

TIEDEMANN, Klaus. Temas de Derecho Penal Económico y Ambiental. Edit. IDEMSA, Lima 1999, Cita: Tiedemann (1985) y número de página.

ANEXO

LEY N° 4439

QUE MODIFICA Y AMPLIA VARIOS ARTICULOS DE LA LEY N° 1160/97 “CODIGO PENAL”

EL CONGRESO DE LA NACION PARAGUAYA SANCIONA CON FUERZA DE

LEY

Artículo 1°. Modifícanse los Artículos 140, 175, y 188 de la Ley N° 1160 “CODIGO PENAL”, de fecha 26 de noviembre de 1997, modificado parcialmente por la Ley N° 3440 del 16 de julio de 2008 y ampliase el Código Penal, introduciendo en la misma los Artículos 146 b, 146 c, 146 d, 174 b, 175 b, y 248 b, los cuales quedan redactados de la siguiente manera:

“Art. 140.- Pornografía relativa a niños y adolescentes.

1° El que:

1. produjere publicaciones, en el sentido del Artículo 14, inciso 3°, que representen actos sexuales con participación de personas menores de dieciocho años de edad o la exhibición de sus partes genitales;
2. organizara, financiara o promocionara espectáculos, públicos o privados, en los que participe una persona menor de dieciocho años en la realización de actos sexuales, o;
3. distribuyera, importara, exportara, ofertara, canjeara, exhibiera, difundiera, promocionara o financiara la producción o reproducción de publicaciones en sentido del numeral 1, será castigado con pena privativa de libertad de hasta cinco años o multa.

2° El que reprodujera publicaciones según el numeral 1 del inciso 1°, será castigado con pena privativa de libertad de hasta tres años o multa.

3° La pena de los incisos anteriores podrá ser aumentada hasta diez años cuando:

1. las publicaciones y espectáculos en el sentido de los incisos 1° y 2° se refieran a menores de catorce años o se dé acceso a los menores de dicha edad a publicaciones y espectáculos, en sentido de los incisos citados;
2. el autor tuviera la patria potestad, deber de guarda o tutela del niño o adolescente, o se le hubiere confiado la educación o cuidado del mismo;
3. el autor operara en connivencia con personas a quienes compete un deber de educación, guarda o tutela respecto del niño o adolescente;
4. el autor hubiere procedido, respecto del niño o adolescente, con violencia, fuerza, amenaza, coacción, engaño, recompensa o promesa remuneratoria de cualquier especie; o
5. el autor actuara comercialmente o como miembro de una banda dedicada a la realización reiterada de los hechos punibles señalados.

4° El que obtuviera la posesión de publicaciones en el sentido de los incisos 1° y 3°, será castigado con pena privativa de libertad de hasta tres años o con multa.

5° Se aplicará, en lo pertinente, también lo dispuesto en los Artículos 57 y 94.”

“Artículo 146 b.- Acceso indebido a datos.

1° El que sin autorización y violando sistemas de seguridad obtuviere para sí o para terceros, el acceso a datos no destinados a él y especialmente protegidos contra el acceso no autorizado, será castigado con pena privativa de libertad de hasta tres años o multa.

2° Como datos en sentido del inciso 1°, se entenderán solo aquellos, que se almacenan o transmiten electrónicamente, magnéticamente o de otra manera no inmediatamente visible.”

“Artículo 146 c.- Interceptación de datos.

El que, sin autorización y utilizando medios técnicos:

1° obtuviere para sí o para un tercero, datos en sentido del Artículo 146 b, inciso 2°, no destinados para él;

2° diera a otro una transferencia no pública de datos; o

3° transfiriera la radiación electromagnética de un equipo de procesamiento de datos, será castigado con pena privativa de libertad de hasta dos años o multa, salvo que el hecho sea sancionado por otra disposición con una pena mayor.”

“Artículo 146 d.- Preparación de acceso indebido e interceptación de datos.

1° El que prepare un hecho punible según el Artículo 146 b o el Artículo 146 c produciendo, difundiendo o haciendo accesible de otra manera a terceros:

1. las claves de acceso u otros códigos de seguridad, que permitan el acceso a datos en sentido del Artículo 146 b, inciso 2°; o
2. los programas de computación destinados a la realización de tal hecho, será castigado con pena privativa de libertad de hasta un año o multa.

2° Se aplicará, en lo pertinente, lo previsto en el Artículo 266, incisos 2° y 3°.”

“Artículo 174 b.- Acceso indebido a sistemas informáticos.

1° El que accediere a un sistema informático o a sus componentes, utilizando su identidad o una ajena; o excediendo una autorización,

será castigado con pena privativa de libertad de hasta tres años o multa.

2º Se entenderá como sistema informático a todo dispositivo aislado o al conjunto de dispositivos interconectados o relacionados entre sí, cuya función, o la de alguno de sus componentes, sea el tratamiento de datos por medio de un programa informático.”

“Art. 175.- Sabotaje de sistemas informáticos.

1º El que obstaculizara un procesamiento de datos de un particular, de una empresa, asociación o de una entidad de la administración pública, mediante:

1. un hecho punible según el Artículo 174, inciso 1º; o
2. la destrucción, inutilización, sustracción o alteración de una instalación de procesamiento de datos, de una unidad de almacenamiento o de otra de sus partes componentes indispensable, será castigado con pena privativa de libertad de hasta cinco años o con multa.

2º En estos casos será castigada también la tentativa.”

“Artículo 175 b.- Instancia.

En los casos de los Artículos 174 y 175, la persecución penal dependerá de la instancia de la víctima; salvo que la protección del interés público requiera la persecución de oficio.”

“Artículo 188.- Estafa mediante sistemas informáticos.

1º El que, con la intención de obtener para sí o para un tercero un beneficio patrimonial indebido, influyera sobre el resultado de un procesamiento de datos mediante:

1. una programación incorrecta;
2. el uso de datos falsos o incompletos;

3. el uso indebido de datos; u

4. la utilización de otra maniobra no autorizada; y con ello causara un perjuicio al patrimonio de otro, será castigado con pena privativa de libertad de hasta cinco años o con multa.

2° En estos casos, se aplicará también lo dispuesto en el Artículo 187, incisos 2° al 4°.

3° El que prepare un hecho punible señalado en el inciso 1°, mediante la producción, obtención, venta, almacenamiento u otorgamiento a terceros de programas de computación destinados a la realización de tales hechos, será castigado con pena privativa de libertad de hasta tres años o con multa.

4° En los casos señalados en el inciso 3°, se aplicará lo dispuesto en el Artículo 266, incisos 2° y 3°.”

“Artículo 248 b.- Falsificación de tarjetas de débito o de crédito y otros medios electrónicos de pago.

1° El que, con la intención de inducir en las relaciones jurídicas al error o de facilitar la inducción a tal error:

1. falsificare o alterar una tarjeta de crédito o débito u otro medio electrónico de pago; o

2. adquiriera para sí o para un tercero, ofreciere, entregare a otro o utilizare tales tarjetas o medios electrónicos, será castigado con pena privativa de libertad de hasta cinco años o con multa.

2° Se castigará también la tentativa.

3° Cuando el autor actuara comercialmente o como miembro de una organización criminal dedicada a la realización de los hechos punibles señalados, la pena privativa de libertad podrá ser aumentada hasta diez años.

4° Tarjetas de crédito, en sentido del inciso 1°, son aquellas que han sido emitidas por una entidad de crédito o de servicios financieros para su uso en dicho tipo de transacciones y que, por su configuración o codificación, son especialmente protegidas contra su falsificación.

5° Medios electrónicos de pago en el sentido del inciso 1°, son aquellos instrumentos o dispositivos que actúan como dinero electrónico, permitiendo al titular efectuar transferencias de fondos, retirar dinero en efectivo, pagar en entidades comerciales y acceder a los fondos de una cuenta.”

Artículo 2°. Comuníquese al Poder Ejecutivo.

Aprobada el Proyecto de Ley por la Honorable Cámara de Senadores, a treinta días del mes de mayo del año dos mil once, quedando sancionado el mismo, por la Honorable Cámara de Diputados, a ocho días del mes de setiembre del año dos mil once, de conformidad a lo dispuesto en el Artículo 207, numeral 1) de la Constitución Nacional.

Víctor Alcides Bogado González
Presidente
H. Cámara de Diputados

Jorge Oviedo Matto
Presidente
H. Cámara de Senadores

Mario Soto Estigarribia
Secretario Parlamentario

Mario Cano Yegros
Secretario Parlamentario

Asunción, 3 de octubre de 2011.

Téngase por Ley de la República, publíquese e insértese en el Registro Oficial.

El Presidente de la República
Fernando Armindo Lugo Méndez

Humberto Blasco
Ministro de Justicia y Trabajo