



## APUNTES DE DERECHO PENAL ECONÓMICO III

*Ricardo Preda del Puerto (coordinador)*

**Un volumen de 246 páginas, Programa de Democracia Más Justicia, Instituto de Estudios para la Consolidación del Estado de Derecho, Asunción, Paraguay, 2013.**

**Carolina Alejandra Vanella\***

La edición del libro **Apuntes de Derecho Penal Económico III\*\*** representa el último capítulo de una trilogía que logró instalar en la comunidad jurídica paraguaya diversos aspectos importantes de esta disciplina.

En esta edición, coordinada nuevamente por Ricardo Preda, el enfoque se extendió al tratamiento de los delitos de corrupción, tanto desde un punto de vista de fondo, como en su persecución.

La publicación, junto a otras iniciativas de índole política y académica, ha contribuido a la difusión del Derecho Penal Económico como objeto de estudio. Los libros Apuntes de Derecho Penal Económico representaron los primeros esfuerzos académicos de Paraguay sobre esta nueva especialidad de la ciencia penal.

El material es parte de las actividades del Instituto de Estudio para la Contribución del Estado de Derecho (ICED) en el marco del Programa Más Justicia, desarrollado conjuntamente con el Centro de Información y Recursos para el Desarrollo (CIRD), con el apoyo de la Agencia de los Estado Unidos para el Desarrollo Internacional (USAID).

---

Especial para la revista Pensamiento Penal.

\* Secretaria de la Sala "A" de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico de la Capital Federal.

\*\* Nota del editor: puede accederse al texto completo de la obra objeto de esta recensión mediante el siguiente enlace: <http://www.pensamientopenal.com.ar/articulos/apuntes-derecho-penal-economico-iii-ricardo-preda-del-puerto-coord>.

La lucha contra **la corrupción** en un mundo globalizado es uno de los ejes de esta edición, considerando que el proceso de “globalización”, en la medida en que trae consigo una aceleración de las interrelaciones individuales y empresariales y un desregulación a nivel internacional, favorece más que nunca el incremento de muchas formas de criminalidad, entre ellas, de la corrupción. Por su parte, las ciencias penales recién en los últimos años han prestado especial atención a este fenómeno y sus graves consecuencias.

Uno de los temas que se desarrolla se refiere a las diferentes teorías que se han formulado con carácter general en orden a la fundamentación de una posible responsabilidad por omisión (impropia) de los directivos por la no evitación de delitos cometidos por sus empleados. Se busca profundizar en los distintos puntos de vista en torno al fundamento de la posición de garante de los directivos de la empresa que está detrás de la eventual atribución de responsabilidad penal en comisión por omisión a los mismos por la no evitación de determinados delitos “cometidos” por terceros a su cargo plenamente responsables.

## **I. ACERCA DE LA CORRUPCION**

El fenómeno de la corrupción se define como el abuso de autoridad pública en beneficio propio del funcionario a través de un agente que trabaja para él, y en perjuicio del ciudadano a quien va dirigida la práctica abusiva<sup>1</sup>.

En términos descriptivos, la corrupción podría quedar definida por una fórmula que reúne tres condiciones: prácticas monopólicas, decisiones discrecionales y gestiones sin transparencia. Este contexto es bastante propicio para los corruptos. La fórmula es útil para advertir hechos de corrupción cuando no interviene un líder político

El fenómeno de la corrupción se aplica a diversas realidades porque es producto de circunstancias sociales. Se trata de un término ambiguo que necesita definición. Si hablamos de corrupción no me refiero necesariamente al derecho penal, en tanto las

---

<sup>1</sup> KLITGAARD, Robert, *Controlando la corrupción*, Sudamericana, Buenos Aires, 1994.



transgresiones también pueden impactar en normas de otra índole, como por ejemplo normas éticas.

Encontramos distintas modalidades de corrupción: penal, política, económica, social. Esta distinción permitirá adecuar la política de estado para combatir cada una de ellas. Asimismo, resulta de vital importancia diferenciar acto corrupto de sistema corrupto, ya que la determinación de la magnitud también nos dará la pauta de cómo abordar el problema.

Pero antes de definir la corrupción debemos desmitificarla. En primer término no existe “la corrupción buena”, aquella que permite mover el sistema y que, por ende, es funcional. Tampoco la libertad de mercado ni la reducción reglamentaria disminuye la corrupción, tal como nos hacen creer los neoliberales, porque el sistema normativo no incide en el fenómeno. Menos aún es correcto estereotipar la corrupción, porque esa interpretación rígida del fenómeno lo aleja de la dinámica cotidiana. Hablar de “países corruptos” no parece demasiado científico. Esta consideración requiere más que una mera afirmación. La corrupción merece un abordaje interdisciplinario que encuentre razones históricas, culturales, sociológicas, económicas y políticas que la expliquen.

La corrupción se aloja en un marco de organización, porque en toda estructura se diferencia el sector que trabaja en blanco del que lo hace en negro, a costas del primero.

Para definir el fenómeno de la corrupción, también resulta relevante secularizar el concepto. La propuesta de Klitgaard apunta a pensar en la corrupción desde un esquema amoral, que prescinda de reflexiones éticas. El autor nos acerca un pensamiento económico de la corrupción que busca el equilibrio entre el principal (funcionario público) y el agente (empleado público). En este sentido, prefiere no asociar la corrupción con una enfermedad política y, en cambio, propone que se la defina como una tensión económica que distribuye fuerza y poder, quitándosela a algunos para asignársela a otros. Así como la economía distribuye recursos, la política reparte poder y, en ese sentido, se puede hablar de la esencia económica de la política.



También resulta conveniente separar el fenómeno de la corrupción del reproche moral, ya que el mismo comportamiento que transgrede un sistema normativo de referencia puede, al mismo tiempo, ser aplaudido por otra escala de valores.

Pero existen amplias perspectivas de la corrupción, por eso parte de la doctrina propone distintos niveles de análisis del fenómeno, sea como un problema económico, cultural, político y/o sistémico<sup>2</sup>. De acuerdo al tipo análisis abordado acompaña un antídoto específico para luchar contra la corrupción.

Así como la delincuencia, la corrupción también se aprende, sus técnicas se enseñan y se perfeccionan y se despliegan justo cuando el grupo genera la oportunidad precisa para corromper.

En las sociedades modernas, más que actos corruptos, encontramos sistemas de corrupción institucionalizados que suponen: 1) un marco normativo conocido por el corruptor, 2) el conocimiento de las formas operativas para transgredirlo y 3) la impunidad del corruptor, quien se encuentra protegido por una extraña legitimidad.

Si bien el concepto de corrupción refiere a pautas normativas, no es óbice que esas referencias provengan de un sistema estatal. Simplemente se necesita un marco organizacional, con reglas propias. Se necesita un sujeto decisor, cuya decisión interesa, tomada en función del marco normativo en cuestión, transgresora del deber posicional, y en provecho propio (aprovechamiento del sistema normativo en provecho propio).

La corrupción requiere relaciones de igualdad entre corruptos y de desigualdad entre víctima y corrupto. El beneficio que se obtiene es extraposicional y puede radicar tanto en conseguir un bien (enriquecimiento) como en evitar un mal (extorsión).

Recordemos que el derecho penal no soluciona el problema. Está claro que la inflación normativa entorpece la prevención y el tratamiento de la corrupción. La ineficiencia

---

<sup>2</sup> ACKERMAN, Susan Rose, *La Corrupción y los gobiernos*, Siglo XXI de Argentina Editores, Buenos Aires, 2001.

del derecho administrativo y del derecho procesal obligan a que el derecho penal pierda el carácter de *ultima ratio*.

### **La fórmula de la corrupción en las disposiciones normativas**

Para Klitgaard<sup>3</sup> “existe corrupción cuando una persona, ilícitamente, pone sus intereses personales por sobre los de las personas y los ideales que está comprometido a servir”. Así establece una ecuación básica de corrupción: “la conducta ilícita florece cuando los agentes tienen poder monopólico sobre los clientes, grandes facultades discrecionales y débil responsabilidad ante el mandante”.

Entonces: “Corrupción *igual* Monopolio de la decisión pública *más* Discrecionalidad de la decisión pública *menos* Responsabilidad (en el sentido de la obligación de rendir cuentas) por la decisión pública”.

Monopolio: el agente concentra poder, puede ser económico, político, social, de información o de cualquier otra índole. El monopolio implica que el agente tiene una posición preponderante frente a sus competidores.

Discrecionalidad: el agente se encuentra revestido de facultades (legalidad y legitimidad) para tomar decisiones acorde al monopolio que ejerce y según lo crea conveniente.

Transparencia: el agente no está exigido de rendir cuenta de las acciones-decisiones que lleva a cabo. Los controles son irrelevantes y propician la impunidad del comportamiento corrupto del agente.

---

<sup>3</sup> KLITGAARD, Robert, *ob. cit.*

Los términos de la fórmula de Klitgaard nos permiten entender el funcionamiento del fenómeno de la corrupción. Tal es así, que las normas que se empeñan por combatir ese tipo de prácticas<sup>4</sup>, encuentran coincidencia con las definiciones de esta fórmula.

Por ejemplo, se establecen medidas preventivas que reduzcan el monopolio y garanticen la libre competencia en los procedimientos de contratación pública. Normativamente, este concepto queda plasmado bajo los términos de equidad, concurrencia, mérito, aptitud, buena fe y razonabilidad.

Las convenciones hacen hincapié en las responsabilidades que le caben a los funcionarios por las conductas que tengan que ver con su status. Los obliga a cumplir con deberes y pautas de comportamiento ético. También les exige rendir cuentas de su gestión y de su situación patrimonial. Los instrumentos normativos estipulan el sistema de presentación de declaraciones juradas, la cuales deben ser actualizadas cada año.

Se establecen organismos de control superiores para prevenir y/o sancionar la discrecionalidad y la impunidad. También se prevén controles contables internos y externos. Se fomentan las oportunidades para efectuar denuncias, se facilitan los requerimientos de información y se estimula la participación de la sociedad civil en las tareas de control. La legalidad y la publicidad de los procesos de decisión resultan de gran utilidad para alcanzar la transparencia relegada en esta fórmula..

La cooperación internacional para la prevención y lucha contra la corrupción permite interpretar que se trata de un fenómeno trasnacional que afecta a todas las sociedades y economías. Se superó la perspectiva local de la problemática y, en ese sentido, se dio comienzo a un proceso legislativo, institucional y de capacitación entre estados soberanos.

---

<sup>4</sup> En especial la Convención Interamericana contra la Corrupción de la Organización de Estados Americanos, la Convención de la Naciones Unidas contra la Corrupción y la ley nacional argentina de Ética de la Función Pública.

En lo fundamental, los instrumentos normativos velan por los intereses del estado, orientados a la satisfacción del bienestar general, privilegiando el interés público por sobre el interés particular del agente.

### **La interpretación de la corrupción**

Las opiniones entendidas concluyen que la corrupción es el resultado de la combinación de las capacidades y los incentivos que vinculan a dos o más actores (u organizaciones) para ordenar sus preferencias<sup>5</sup>. Las capacidades para decidir y hacer pueden ser de índole institucional, legal, política o económica.

El análisis del fenómeno de la corrupción se dispersa en cuatro variantes que la interpretan como un problema económico, un problema cultural, un problema político y un problema sistémico.

El primer enfoque, la corrupción como problema económico, inspira la obra de Ackerman y en base a esa interpretación<sup>6</sup> funda la descripción del fenómeno en el resto de las variantes. Asimismo, propone el análisis institucional de la corrupción escarbando en el esquema de poder involucrado en las prácticas corruptas. Aconseja mecanismos para controlarlas, sancionarlas y prevenirlas. Pero el eje de su trabajo es la explicación de la dinámica entre el sector público y el sector privado.

Los hechos de corrupción se manifiestan en un escenario económico que favorece la especulación y la oportunidad, condiciones previas de la corrupción económica. En este contexto podemos entender el concepto de *rent seeking* del que habla la autora, como el un comportamiento rentístico que responde a la dinámica “del toma y daca” entre dos actores. Para Ackerman la corrupción equivale a soborno, pero esa asociación si bien es la más usual, nos limita conceptualmente. De hecho existen otros hechos de corrupción más frecuentes y más sencillos de probar. Hay diversos

---

<sup>5</sup> ACKERMAN, Susan Rose, *La Corrupción y los gobiernos*, Siglo XXI de Argentina Editores, Buenos Aires, 2001.

<sup>6</sup> Tomando como referencia la oferta y la demanda.

supuestos de abuso de autoridad pública para fines privados, no todos los cuales implican intercambio de dinero.

Para combatir los sistemas políticos de corrupción —cleptocracia, monopolio, mafia y sobornos competitivos—, Ackerman propone dos antídotos: información y publicidad. Y el mensaje final es la lucha contra la discrecionalidad que favorece las prácticas corruptas.

## II. CORRUPCION Y BIEN JURIDICO TUTELADO

Los principales motivos de tutela frente a hechos de corrupción son la prevención y la represión de los delitos contra la administración pública, buscando desalentar toda pretensión de obtener beneficios indebidos aprovechando el ejercicio del cargo público, la disuasión de cualquier acto que pueda cometer quien asume de un modo u otro el mandato de representar al pueblo o de tomar decisiones que influyan en sus destinos y que signifiquen administrar la cosa pública en desmedro del bien común o en perjuicio del recto funcionamiento de las instituciones, debido a la trascendente función que éstas cumplen para la vigencia del sistema republicano, democrático representativos y federal.

El bien jurídico protegido es “la imagen de transparencia, gratuidad y probidad de la administración y de quienes la encarnan”<sup>7</sup>. Algunos tipos penal defienden el correcto funcionamiento de la gestión pública y pretenden evitar toda actividad que, por acción u omisión, deslegitime la autoridad de los poderes del estado.

La obligación de rendir cuentas ha sido incorporada como herramienta habilitante del requerimiento de justificación patrimonial, ante la sonante variación de la riqueza que surja de la comparación de las declaraciones juradas, permitiendo el control ciudadano.

---

<sup>7</sup> DE LUCA, Javier Augusto y LÓPEZ CASARIEGO, Julio E., *Enriquecimiento ilícito y Constitución Nacional*, LL, Suplemento de Jurisprudencia Penal, 25/2/2000, pág. 11.



De este modo el bien jurídico que se tutela viene a ser la publicidad y la transparencia en la gestión oficial, con el correlativo derecho a la información del ciudadano respecto de la gerencia pública, cuya actividad debe ser ejemplar en esencia y apariencia. Esa tutela tiene raigambre constitucional y está implícita en la ética republicana.

Por otra parte, encontramos tipos penales que preservan la hacienda pública y, en ese sentido, reprimen actos y/o decisiones del funcionario público que impliquen la disminución del patrimonio estatal.

La protección de la administración pública también se extiende al mero peligro de la correcta gestión producida por la deslegitimación de la autoridad; de hecho, algunos delitos no requieren un resultado (como puede ser la obtención de un beneficio o la producción de un daño). Simplemente castigan el riesgo de entorpecer el normal funcionamiento de la administración pública y en esa línea, existen tipos penales que disuaden prácticas deshonestas que de cualquier modo perjudiquen al estado, penando “el interesarse”. Otros tipos penales castigan la omisión de presentar declaración jurada dando muestra de la dinámica de control y prevención.

### III. CORRUPCIÓN Y AUTORIA DE FUNCIONARIOS PÚBLICOS

Los delitos de los funcionarios públicos son delitos especiales propios pues esa condición asigna la tipicidad a la conducta (elemento del tipo). La atribución de responsabilidad penal por “infracción a un deber” en vez por “dominio del hecho ilícito”, permitió explicar la delincuencia organizada, caracterizada por particularidades de la autoría que, de otro modo quedarían impunes.

Las novedades dogmáticas de Roxin<sup>8</sup>, seguidas y nutridas por Jakobs, proponen una teoría objetiva de la responsabilidad penal y desde esa perspectiva ubican al funcionario en una relación positiva respecto del bien protegido por el deber que les incumbe en razón del cargo: el normal funcionamiento de la administración pública.

---

<sup>8</sup> ROXIN, Claus, *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*, Marcial Pons, Madrid, 1998.



Visto de ese modo, la comisión de un delito por infringir el deber prescinde de los conceptos de coautoría, del modo comisivo y de la producción de un perjuicio. Se le cuestiona a esta teoría la violación de los principios de legalidad, culpabilidad y lesividad. Pero se le valora la reducción de impunidad y de los estándares probatorios gracias a soluciones más sencillas para atribuir responsabilidad penal por un hecho delictivo.

El tema fundamental radica en el análisis de la competencia institucional y su derivación en cuanto a los deberes especiales de quienes acceden a una función pública. Estos deberes funcionales le son adjudicados a la persona como consecuencia del status que ostenta dentro de la institución —en este caso la administración pública—; y entonces el autor tiene el deber de garantizar la existencia de la institución, confiriéndosele diferentes mandatos y prohibiciones. En consecuencia, el deber de transparencia, probidad y honestidad del funcionario obedece a su rol institucional y se encuentra vinculado al deber de existencia de la institución y a sus cometidos sociales. Se trata de una cuestión basada en la existencia de deberes normativos propios de la función, que se asumen cuando la persona es investida del rol institucional, y que en definitiva son los reaseguros del ciudadano para con el estado.

Los funcionarios tienen el deber de velar por el funcionamiento normal y eficiente de la administración pública y su condición es “especial” en los delitos contra la administración pública.

#### **IV. RESPONSABILIDAD DE LA EMPRESA POR EL ACTUAR DE LOS DIRECTIVOS**

Las novedades de las legislaciones locales e internacionales en cuanto a los modos de abordar la responsabilidad y la sanción en caso de delitos de corrupción cometidos por personas jurídicas puede variar entre:

a) la penalización a la persona jurídica por los hechos cometidos por sus órganos o representantes en su nombre o que la beneficien,



- b) la penalización de las personas físicas que obraron desde el ente, o
- c) la atribución de responsabilidad —civil o infraccional— a la persona jurídica por las consecuencias de esos hechos, sin achacarle la autoría y, a la vez, aplicar sanción penal a las personas físicas que actuaron.

La realidad pone de relieve el auge de la corrupción y de los medios corporativos empleados para transgredir las formas legítimas y legales. Las empresas se ven beneficiadas por el obrar ilícito de sus órganos que se exceden de sus atribuciones, o bien de sus dependientes en cumplimiento de directivas emanadas de éstos. En estos casos, las personas jurídicas deben responder con su patrimonio, en cumplimiento de un deber de garantía social que les impone el estado para autorizarlas a funcionar.

Cabe preguntarse ¿por qué una persona jurídica, que el derecho reconoce como distinta de las personas físicas que la integran y dirigen debe ser garante por los ilícitos que cometieran en su nombre?

Entiendo que el deber de garantía puede fundarse jurídicamente en dos conceptos desarrollados por la doctrina penal y por la civilista. El primer concepto se vincula con el “dominio” del garante sobre la causa del resultado y el segundo, con la llamada “teoría del riesgo”, que postula la responsabilidad de la persona que crea un peligro social con el desarrollo de su actividad.

Los dos conceptos coexisten para fundar la responsabilidad social del ente ideal, no como responsabilidad penal por el hecho ajeno, sino como responsabilidad por un hecho propio, por la falta de control de las personas físicas que utilicen su patrimonio para delinquir. Ello así, porque cuando el estado permite actuar a los entes ideales como personas distintas a las físicas que las integran, lo hace al solo efecto de que realicen actos lícitos. Si sus integrantes, abusando de sus mandatos normativos, cometen ilícitos y la organización empresarial no es idónea para evitarlos —pudiendo haberlo hecho de haber ejercido adecuadamente el debido control—, ella defrauda la confianza estatal y es pasible de reproche. Lo único que debe exigirse para responsabilizarlas por actos u omisiones de las personas físicas que las integran y/o

dirigen, es que éstos actúen en beneficio de ella, ya que es el “nexo vinculante” que permitiría la imputabilidad. Es decir, probada la “relación funcional” de la persona física que cometió el ilícito en beneficio de la empresa que integra, ella es responsable por no ejercer el control efectivo que hubiera evitado el ilícito, ya que tiene, o debería tener, el dominio de la actividad que despliega y por lo cual fue autorizada por el Estado a funcionar.

Esta doctrina es compartida por juristas civilistas como el doctor Orgaz<sup>9</sup>, quien sostiene que la responsabilidad de los entes ideales configura una obligación legal que se explica mejor por la idea de garantía, seguridad o justicia social. Por su parte, el doctor Bueres estima que el deber corporativo está en la idea de justicia, que enfoca al hombre en coexistencia universal.<sup>10</sup>

Considero que el deber de garantía es la manera más apropiada de responsabilizar a la persona jurídica por actos u omisiones cometidos por terceros (órganos o dependientes).<sup>11</sup>

Del mismo modo otros tanto autores han desarrollado el tema<sup>12</sup>. Entre ellos destaco el trabajo del doctor Adán Nieto Martín<sup>13</sup>, para quien la idea de que las personas jurídicas deben responder por su propia culpabilidad toma más auge cada día. Además de importantes propuestas doctrinales, en los últimos años algunos modelos legislativos como el inglés, el suizo y el australiano, han tomado a este criterio. Nota común a todos ellos es que la persona individual desaparece, de tal forma que el objeto de reproche son factores que tienen que ver en exclusiva con la propia empresa. Los problemas surgen cuando se intenta definir qué es la culpabilidad de

---

<sup>9</sup> ORGAZ, Alfredo, *La culpa*, Marcos Lerner, Córdoba, 1981, pág. 29.

<sup>10</sup> BUERES, Alberto J., *El acto ilícito*, Hammurabi, Bs. As., 1986, pág. 73

<sup>11</sup> BONZON RAFART, J.C., *Sanciones Administrativas y penales impuestas por la administración. Distinto tratamiento jurídico*, Revista El Derecho, tomo 197, pág. 80.

<sup>12</sup> DE LA RUA, Jorge, *Los delitos económicos*, Revista Doctrina Penal, Depalma, Buenos Aires, 1980; CABALLERO, José Severo, *La llamada responsabilidad penal de las sociedades anónimas y demás personas colectivas en el derecho penal especial*, Revista J.A. Sección Doctrina, 1974, pág. 339; GARCIA CAVERO, Percy, *La responsabilidad penal del administrador de hecho de la empresa: cuestiones de imputación*, J. M. Bosch, Barcelona, 1999, pág. 61; SCHÜNEMAN, Bernd, *Delincuencia empresarial: distinciones de dogmática y política criminal*, Di Plácido, Buenos Aires, 2004, pág. 31.

<sup>13</sup> NIETO MARTIN, Adrián, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: esquema de un modelo de responsabilidad penal*, Revista La Ley, Buenos Aires, 2008, t. 2008-C- Sección Doctrina, pág. 1139.



empresa. Existen básicamente cuatro corrientes diferentes a la hora de entender la culpabilidad de empresa:

1) como defecto de organización, cuando el entorno es el que anima al infractor a cometer el delito porque se siente tolerado o amparado

2) como carencia de organización interna, cuando la responsabilidad de la empresa es subsidiaria en caso que no se identifique o que no exista una un responsable individual.

3) como la falta de organización por no haber dispuesto de todas las medidas organizativas razonables e indispensables para impedir la infracción cometida. Esto implica un defecto organizativo reprochable en relación tanto a comportamientos tanto dolosos como imprudentes de los empleados de la entidad.

A la culpabilidad de empresa como mala cultura corporativa, o como defecto de organización puede añadirse aún otra posibilidad. Para algunos autores la culpabilidad de empresa es culpabilidad por el carácter, culpabilidad por la conducción de la empresa, un caso de derecho penal de autor. Así lo entiende Lampe, para quien el derecho penal de autor empresarial sería constitucionalmente admisible, pues mientras que el estado carece de legitimidad para señalar a los individuos como tienen que conformar su carácter, en definitiva, organizarse internamente, sí les puede exigir a las corporaciones que adopten determinadas formas de organización de modo permanente.

4) como la falta de reacción de la organización empresarial frente a la comisión de un delito de su integrante. La culpabilidad reactiva atiende al comportamiento post delictivo. No existe culpabilidad si la empresa reacciona adecuadamente y, en vez de ocultar los hechos, coopera con la autoridad competente, pone en marcha una investigación interna con fin de develar las causas que han provocado la actividad delictiva, repara voluntariamente a las víctimas e implementa las medidas de organización necesarias para que los hechos no vuelvan a repetirse.



Todas estas variantes podrían ser correctas. Las distintas formas de culpabilidad de empresa que acaban de exponerse pueden sintetizarse en la idea de defecto de organización permanente, cuya fórmula se compone de dos elementos.

El primer elemento es la culpabilidad de empresa como defecto de organización en la dirección empresarial. Se trata de que los administradores adopten medidas razonables de control y de gestión, no muy distintas a las que debería adoptar para conseguir resultados económicos, con el fin de impedir o dificultar la comisión de hechos delictivos, dolosos o imprudentes, por parte de sus empleados, y en caso de que estos se cometan —y aquí entra la responsabilidad reactiva y subsidiaria— permitan a la empresa localizar al infractor y reparar el daño. Necesariamente, dentro de estas medidas se destaca la implantación de una ética empresarial. Pues una buena organización empresarial es aquella que, además de procurar beneficios económicos, procura generar una cultura corporativa que fomente el respeto a la ley.

El segundo elemento para entender la culpabilidad de empresa es su estructura temporal. Solo existe culpabilidad de empresa si el comportamiento delictivo individual pone de relieve un defecto de organización permanente. Comportamientos individuales aislados, sin conexión con defectos de organizaciones estables o estructurales no dan lugar a responsabilidad. Este carácter permanente de la culpabilidad de empresa explica la importancia que en el derecho penal colectivo tiene la culpabilidad reactiva, el comportamiento post delictivo, pues es un indicador tan potente de carácter estructural del defecto de organización, como la adopción de medidas proactivas encaminadas a la prevención.

Tomar en serio la culpabilidad de empresa como defecto de organización permanente implica cuatro cuestiones. La primera referida a que no existe responsabilidad de la persona jurídica sino se prueba que el delito es precisamente manifestación de la infracción continuada de deberes de organización. La segunda, la distinción entre tentativa y delito consumado es mucho menos importante en el derecho penal colectivo. En ambos casos se pone de manifiesto una organización empresarial defectuosa. La tercera supone considerar que la reincidencia debe tener una gran importancia como circunstancia agravante, pues es un indicador preciso de la

permanencia del defecto de organización en la corporación. Y por último, el comportamiento post delictivo, la culpabilidad reactiva, tiene notable importancia en la determinación de la sanción.

## V. LUCHA INTERNACIONAL CONTRA LA CORRUPCIÓN

### Mecanismos de prevención y control

Acceso a la información pública: este tipo de información involucra a las actividades del estado. El Pacto San José de Costa Rica consagra el derecho a la libertad para buscar, recibir y difundir informaciones permitidas y por cualquier vía (artículo 13). Se trata de un derecho fundamental que el Estado debe respetarle al ciudadano. Esta garantía también fue reconocida por la Corte Interamericana<sup>14</sup>.

Por su parte, la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción indica que el acceso a información pública es una herramienta fundamental para que la ciudadanía controle las gestiones de la Administración Pública (art. 10). Lo que se protege es el principio republicano que permite controlar los actos de gobierno, por ende, el acceso público está previsto para toda la información que produzca el Erario Público.

El principio de máxima divulgación reconoce que toda la información que se produce por la actividad pública del estado debe estar sujeta a publicidad. Lógicamente esta regla va acompañada de situaciones excepcionales que acotan el alcance de la publicidad, por ejemplo la ley de datos personales, la ley de archivos, etc.

Pero las formas y las condiciones de la publicidad deben estar legisladas y rodeadas de un marco institucional adecuado<sup>15</sup>. En este sentido, la Relatoría Especial de la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos dio a conocer ciertos principios del acceso a la información pública. Esos estándares permiten circunscribir el alcance y el contenido de la información que se puede difundir.

---

<sup>14</sup> Caso CLAUDE REYES vs. CHILE (2006).

<sup>15</sup> Así lo determinó la Resolución 147 del Comité Jurídico Interamericano, en el año 2008.



El Consejo Permanente de la Organización de los Estados Americanos sancionó una ley modelo que orienta el procedimiento del acceso y la divulgación de la información pública.

Conferir marco legal e institucional al procedimiento de acceso a la información pública es una medida altamente necesaria y resultaría una herramienta útil para fomentar la transparencia de las gestiones estatales y agilizar la investigación de prácticas corruptas.

La persecución de la corrupción se distribuye en dos esferas: la interna y la internacional. A su vez, la persecución interna requiere una órbita administrativa. En cuanto a la esfera internacional contamos con dos instrumentos que comprometen a los estados: la Convención Interamericana contra la Corrupción de la OEA y la Convención de las NU contra la Corrupción.

\*La Convención Interamericana contra la Corrupción:

El Preámbulo destaca la finalidad de evitar la socavación de las instituciones democráticas. De los artículos que siguen es fácil advertir que el sentido intrínseco de la Convención es unificar la legislación interna sobre la interpretación del fenómeno de corrupción y aceptar los mecanismos de cooperación internacional para combatir y sancionar personas y bienes corruptos. Propone definiciones de “función pública”, “funcionario público” y “bienes”, a fin de que todos los estados partes unifiquen el sentido de sus respectivas legislaciones y faciliten la persecución transnacional. De esta manera se incentiva la reciprocidad y la unificación de las sanciones y demás consecuencias (extradición, bloqueo de cuentas, entre otras).

La asistencia entre estados debe prestarse a nivel judicial y administrativo a los fines de investigar y juzgar. Esa cooperación facilita la recolección de pruebas y el juzgamiento de la persona involucrada. Y si bien el artículo 4 prevé el principio de territorialidad (juzgamiento en el lugar de comisión o producción de los efectos del acto de corrupción), seguidamente el artículo 5, inciso 3, amplía la jurisdicción,





estableciendo el principio de personalidad del presunto delincuente, caso en el cual opera el pedido de extradición del artículo 13. La hipótesis del inciso 6 obliga a juzgar al delincuente si se deniega la extradición (no se puede rechazar el pedido de extradición y no juzgarlo en territorio nacional). La asistencia entre estados parte es obligatoria según el artículo 15 y no puede invocarse el secreto bancario.

La Convención establece tres grados de compromiso referidos a la incorporación de sus disposiciones en los ordenamientos internos de los estados parte. El grado mínimo de compromiso surge del artículo 3 que da libertad a cada estado para que evalúe la aplicación de las medidas preventivas propuestas. Los artículos 8, 9 y 11 refieren a la tipificación del soborno transnacional, el enriquecimiento ilícito y el desarrollo progresivo, respectivamente. Estos casos dan cuenta de un grado intermedio de compromiso, según el cual los estados analizarán si la incorporación de esas disposiciones se contrapone a sus principios constitucionales. Si no existe conflicto de normas deberán incorporarlas a la legislación interna y únicamente podrán decidir cuándo lo harán. En cambio, el estado incurrirá en responsabilidad internacional si no legisla los actos de corrupción del artículo 6: cohecho, encubrimiento y lavado de dinero y participación criminal. Está claro que en este punto el estado contratante está comprometido en grado máximo.

Las medidas preventivas propuestas por la Convención se refieren a: a) normas de conductas, al conocimiento de esas normas, a la aplicación de medidas si esas normas no se cumplen y a la instrucción para actuar conforme a ellas, b) la prevención de conflictos entre los intereses de la ley y el funcionario que la dictó, c) la regulación del uso adecuado de recursos asignados al funcionario, d) la implementación del sistema de declaración de activos y pasivos y e) la transparencia de los procedimientos de contratación de personal y de servicios.

Los delitos que describe no son tipos penales en sí mismos, los estados asumen la tipificación en sus respectivas legislaciones. Asimismo, las partes podrán crear figuras típicas por mutuo acuerdo en relación a actos de corrupción no contemplados en la Convención. Pero en ningún caso, será necesario que los actos de corrupción produzcan perjuicio patrimonial al estado.



Es una Convención amplia pero con mejores mecanismos de aplicación que los que luego estipuló la Convención de las NU.

\*La Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción:

A diferencia de la Convención Interamericana, esta Convención es más específica, pero los mecanismos de aplicación que propone son más laxos que la primera, siendo que algunos de ellos aún no se han implementado. Tipifica al detalle los delitos de soborno, malversación, tráfico de influencias, abuso de funciones, enriquecimiento ilícito, lavado de activos, encubrimiento y obstrucción de justicia. Es novedosa en la previsión de responsabilidad de las personas jurídicas. Asimismo regula la participación criminal, la tentativa, la prescripción de la acción y las formas de los procesos judiciales. Incluye medidas cautelares como el embargo preventivo, la incautación y el decomiso. Sugiere la implementación de medidas que protejan a testigos, peritos, víctimas y denunciadores, como así también un sistema de reparación de daños para quienes hayan sido perjudicados por un hecho de corrupción.

La Convención aconseja adoptar medidas que fortalezcan la cooperación entre organismos nacionales y entre éstos y el sector privado. Y, lógicamente, continúa la idea de que la cooperación internacional es obligatoria. La asistencia judicial es recíproca y a ese fin está previsto el pedido de extradición. Aquí también rige el principio de territorialidad y, excepcionalmente, el de personalidad.

Las técnicas de investigación previstas promueven la transparencia, la obligación de rendir cuentas y la participación de la sociedad civil. Se mencionan sistemas electrónicos de vigilancia, auditorías, registros contables y financieros, entre otros.

La Convención se preocupa por los vínculos entre la corrupción y la delincuencia organizada y pone especial acento en la prevención, la investigación y la sanción del delito de lavado de dinero. En esa línea, apunta a las transferencias internacionales de activos adquiridos ilícitamente y al fortalecimiento de la cooperación internacional



para la recuperación de activos. De hecho, haberle destinado un capítulo aparte a esta última cuestión es elocuente de tal relevancia.

Pero a pesar del marcado interés, se le cuestiona a esta Convención ser tan permisiva con los estados parte y relevarlos de responsabilidad si no acomodan sus reglamentaciones a los términos aquí sugeridos. La Convención emplea un lenguaje sugestivo, que aconseja y propone, pero muy rara vez obliga a los contratantes. Esa discrecionalidad no es consecuente con las inquietudes que suelen plasmarse en los instrumentos constitucionales.

### **Corrupción política: el rol de los organismos públicos de control**

Los órganos de control constituyen un componente fundamental del sistema de rendición de cuentas, indispensable para completar las funciones de control horizontal desempeñadas por la división de poderes de los regímenes democráticos. El carácter especializado de estos órganos posibilita subsanar las limitaciones de las funciones de gobiernos. Al mismo tiempo, estos órganos enfrentan sus propias limitaciones para cumplir estos objetivos<sup>16</sup>.

Los órganos de control desempeñan funciones de auditoría, investigación, prevención y persecución de irregularidades y delitos cometidos en el ejercicio de funciones públicas. La eficacia de la rendición de cuentas depende de que exista un entramado de organismos, incluidos los tribunales judiciales, que apliquen sanciones y medidas que se deriven de la actuación de los órganos de control. La sociedad civil desempeña un papel esencial en demandar que los distintos componentes del sistema de control cumplan con sus funciones.

---

<sup>16</sup> DASSEN, Nicolás, ARIAS, Julieta, FESER, María Eleonora, *El fortalecimiento de la responsabilidad de los funcionarios públicos: Construyendo puentes entre organismos de control y la sociedad civil*, primera edición, Poder Ciudadano, Buenos Aires, 2009.

## VI. CRIMINALIZACIÓN DEL DELITO DEL LAVADO DE DINERO

El delito de Encubrimiento y Lavado de Activos de Origen Delictivo exige que los bienes provengan o hayan sido obtenidos como consecuencia de la comisión de un delito por parte de otra u otras personas.

Como sostiene el doctor Pérez Lamela<sup>17</sup>, la figura básica del lavado de dinero describe las acciones básicas de lavado, individualizando algunas de ellas (convertir, transferir, administrar, vender, gravar, destinar, aplicar, adjudicar, asignar), pero concluye con una definición genérica que abarca cualquier otro supuesto.

Entonces, el delito se produce cuando se llevan a cabo las acciones previstas sobre los bienes de procedencia delictiva, con aptitud suficiente para convertirlos en lícitos.

La consumación del tipo legal de lavado de activos requiere haber comprobado en sede judicial el origen delictivo de los activos que se intenta introducir en la economía bajo una forma legítima.

## VII. REFLEXIONES FINALES

La corrupción es un comportamiento desviado de las normas establecidas para ponerse al servicio de los intereses privados<sup>18</sup>. En el caso de los funcionarios públicos, se trata de una conducta que se aparta de los deberes formales de un cargo público en busca de beneficios pecuniarios o de posición que conciernen al interés privado. La condición para actuar es contar con garantías de impunidad: no hay corrupción sin impunidad.

El control de los comportamientos de quienes ocupen cargos públicos tiene que ver con el ánimo de “amigar” a la ciudadanía con la gestión pública, pues el buen funcionamiento del estado descansa en la legitimidad de la que gocen las autoridades, sentando bases para que el estado sea regido por actitudes que puedan ser

---

<sup>17</sup> PEREZ LAMELA, Héctor D., *Lavado de dinero: Doctrina y práctica sobre la prevención de operaciones sospechosas*, 2° edición, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2006.

<sup>18</sup> HUNTINGTON, Samuel; *El orden político en las sociedades de cambio*, Paidós, Buenos Aires, 1968.



consideradas transparentes por el ciudadano informado y, de esa manera, salvaguardada su integridad. Se trata de que los habitantes comprendan y perciban que quienes son designados para llenar el cargo público habrán de convertirse efectivamente en administradores en beneficios del bien común, instalando la confianza en la sociedad de que el patrimonio del fisco no se distrae en otra cosa que no sea el bien general, fin último del estado.

La ética de la función pública debe ser un patrón a seguir por la sociedad y, en ese sentido, los actos de gobierno deben reflejar los valores más elevados, evitando desplegar conductas que estén reñidas con el manejo de la cosa pública, incluyendo el respecto al decoro y la transparencia con que se deben practicar tales decisiones, teniendo como pauta los cánones que se señalan en el plexo prescriptivo.

Aunque nos esforcemos por deslindar lo moral de lo legal, su vinculación es inevitable y su influencia siempre es recíproca. Los valores morales inspiran las disposiciones normativas y, al mismo tiempo, propician la protección de aquéllas aspiraciones morales.

La desconfianza social sobre quienes rigen las instituciones es causa de la deslegitimación de la autoridad de gobierno y de la disgregación misma del estado democrático representativo. Ante este cuadro, resulta lo siguiente: si un funcionario se ha enriquecido de manera desproporcionada durante el transcurso de la función pública, le es exigible, como derivación del principio republicano de gobierno, que de cuenta de sus actos para descartar que aquél incremento haya sido fruto de manejos ilegales (o inmorales). Esta rendición forma parte del decoro, la virtud cívica y el comportamiento ético que debe guardar el funcionario que asumió decisiones que influyeron sobre la cosa pública, o sea la república.

Esta obligación no implica la renuncia a las garantías constitucionales, sino sólo un límite, de modo tal que todas queden con pleno valor y efecto. El agente público tiene la obligación y el deber de ajustar su conducta a un comportamiento ético y rendir cuentas tanto de sus actos como del origen de sus ingresos.



Si bien puede verse en esto un estado de sospecha previo, ese estado no implica que los tipos penales que refieren al enriquecimiento ilícito sean tachados de inconstitucionales, ya que todo proceso judicial se inicia con una presunción, una hipótesis delictiva, sin que ello comprometa la situación de inocencia de que goza el sospechado.

Puede haber actos de corrupción que sean legales ya que la corrupción no sólo se refiere a la violación de normas legales de funcionarios públicos<sup>19</sup>. Y si bien las leyes proporcionan el marco de legalidad, no necesariamente el marco de justicia. Como he venido indicando, la corrupción debe ser definida no sólo como un problema de violación de normas (ilegalidad) sino fundamentalmente como un problema de violación de valores (ilegitimidad). La corrupción es ante todo un problema ético y moral: violar valores positivos. Y puede corresponder a actos ilícitos, no simplemente ilegales.

En los casos de corrupción cometida por directivo de la empresa la culpabilidad puede entenderse como un defecto de organización permanente, una falla en la estructura temporal y la debilidad de la ética empresarial.

Un repaso del libro **Apuntes de Derecho Penal Económico III** basta para destacar los valiosos esfuerzos académicos para propulsar la especialidad de la ciencia penal. Recomiendo contar con esta obra en la biblioteca, ya que junto a los dos volúmenes anteriores constituyen una herramienta fundamental para tener un enfoque teórico-práctico del derecho penal económico paraguayo.

---

<sup>19</sup> Esta es la corrupción que corresponde a personas que perteneciendo al servicio público, reciben un salario por su desempeño y que cuando deciden aceptar o contrariar las normas, sea por acción o por omisión, recibiendo por ello beneficios no establecidos, incurren en actos de corrupción en cualquiera de sus variantes.