

Interrelación entre el delito de lavado de activos y la corrupción

GABRIELA BARRIONUEVO⁽¹⁾ y OMAR J. SOSA⁽²⁾



1. Introducción

El objetivo de nuestro trabajo es destacar los puntos de encuentro que existen entre el delito de lavado de activos y los tipos penales que describen y sancionan actos de corrupción, como así también de las medidas adoptadas para prevenirlos.

En tal sentido, comenzaremos por analizar brevemente algunas características de estos fenómenos y la forma en que se relacionan, para luego pasar al análisis de la normativa internacional y nacional que los abordan.

Respecto de este último punto, hemos de referirnos especialmente a los tipos penales que tipifican esas conductas y a las que ponen en evidencia la relación entre lavado de activos y actos de corrupción.

2. Características de los fenómenos criminalizados

Como primera medida, cabe señalar que, por tratarse de dos fenómenos que se caracterizan por su complejidad, tanto la normativa internacional

(1) Abogada. Asesora del "Programa Nacional de la Implementación de Políticas para la Prevención del Lavado de Activos y el Financiamiento del Terrorismo" dependiente del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.

(2) Abogado. Investigador de la Dirección de Investigaciones de la Oficina Anticorrupción de la Nación, del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.

como nacional intentan abarcarlos desde dos esferas: la preventiva y la punitiva.

Las políticas y prácticas preventivas se traducen en un conjunto de normas, sistemas y mecanismos de aplicación y control que tienen por finalidad evitar que las personas, especialmente los funcionarios públicos, tengan conductas contrarias a la ética pública.

Las políticas punitivas están relacionadas esencialmente con las normas que establecen penas si se cometen determinadas conductas, en este caso concreto, normas que establecen penas si se cometen hechos de corrupción.

Teniendo en cuenta la complejidad que inviste a los fenómenos que pretendemos abordar, parece conveniente comenzar haciendo una breve referencia a los elementos que los caracterizan.

a. Delimitación de estos dos fenómenos⁽³⁾. De modo general podemos acordar que lavar dinero implica introducir a la economía formal el producto de un ilícito⁽⁴⁾. Entonces, el primer elemento que presupone esta definición, es la disponibilidad de grandes cantidades de recursos económicos generados por la multiplicación de actividades ilícitas desarrolladas por la criminalidad organizada.

A partir de allí, surge la necesidad de darles a esos recursos una apariencia de legalidad para ocultar su origen, y para poder introducirlos en las transacciones de mercado⁽⁵⁾.

Por ello, si bien el lavado de dinero constituye una unidad conceptual distinta de los delitos que generan la materia prima a ocultar, también resulta

(3) Para la elaboración de estos puntos se tomó como base el material de lectura obligatoria del curso dictado Sistema de Capacitación en Ética Pública: "Enfoque Punitivo de la Lucha Contra la Corrupción. Competencia de la Dirección de Investigaciones de la Oficina Anticorrupción", elaborado por las Dras. Antonela Ghezzi, Paula Contreras, Natalia Pereyra, y el Dr. Omar. Sosa.

(4) "Se denomina "lavado de activos" al proceso en virtud del cual los bienes de origen delictivo se integran al sistema económico legal, con apariencia de haber sido obtenidos en forma lícita", en D'ALESSIO, ANDRÉS y DIVITO, MAURO, *Código penal, comentado y anotado*, arts. 79 a 306, 1ra.ed., Buenos Aires, La Ley, 2004, p. 924.

(5) Omar Orsi señala tres elementos penalmente relevantes que confluyen en un mismo contexto objetivo en relación a esta figura; 1) la alta productividad económica de estos delitos, 2) la posterior inserción del producto en la economía legal; 3) respecto de los casos más relevantes, el desarrollo de estas actividades bajo el marco de una estructura u organización. Ver ORSI, OMAR, *Lavado de dinero de origen delictivo*, 1ra. ed, Buenos Aires, Ed. Hammurabi, 2007, p. 70.

claro (tal como lo señala Omar Orsi, en la obra citada), que hay una relación inexorable entre el lavado y la criminalidad organizada⁽⁶⁾. Después de todo, fueron precisamente los importantes recursos generados por organizaciones criminales (transnacionales, en general) y su inversión en distintos ámbitos productivos y regiones geográficas, los que alertaron a la comunidad internacional sobre la necesidad de implementar políticas, tanto para combatir las actividades ilícitas de esas organizaciones, como para enfrentar las actividades tendientes a incorporar lo producido por ellas en el mercado, ocultando su origen ilegal.

En tal sentido, la primera relación clara y directa que se detectó entre el narcotráfico que generaba exorbitantes ganancias y el lavado de activos, llevó a la sanción de la Convención contra el Tráfico Ilícito de Drogas, Estupefacientes y Substancias Psicotrópicas, en la que los Estados Partes se comprometieron a aprobar legislación que sancionara el lavado de dinero proveniente de esa actividad ilícita⁽⁷⁾.

Si bien, con posterioridad, se advirtió que otros delitos también generaban numerosas ganancias —como el tráfico de armas, contrabando, fraudes corporativos, trata de personas, etc.—, aquéllos que adquirieron singular importancia —sobre todo en la normativa internacional— fueron los vinculados a actos de corrupción, incluidos los fraudes a la administración.

Esto se observa claramente en la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (del 20 de diciembre del año 1998), que fue uno de los primeros documentos internacionales en donde se mencionó este vínculo. En ella, los Estados Parte se comprometieron a adoptar medidas preventivas y punitivas para combatir tanto los actos de corrupción y el lavado de las ganancias que ellos originaban, como otros actos también generadores de ganancias, como el narcotráfico u otros delitos graves desarrollados por la criminalidad organizada transnacional. Por su parte, la tipificación del lavado de activos y el sistema de medidas para prevenirlo, fueron luego recogidos por la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción.

Ahora bien, antes de continuar con el desarrollo de este vínculo entre el lavado de activos y la corrupción, abordado en las referidas convenciones

(6) ORSI, OMAR, op. cit, p. 69; asimismo cabe destacar que un amplio desarrollo de este tema se encuentra en el punto a) del Capítulo III, de esta obra (pp. 67/74).

(7) Convención de Viena del 20 de diciembre de 1988.

internacionales, entendemos necesario señalar qué son actos de corrupción y por qué se los define como un fenómeno complejo.

A grandes rasgos podemos reconocer dos elementos que, de alguna manera, estarán presentes en todas las elaboraciones técnicas que pretendan explicar el fenómeno de la corrupción en el marco de la administración pública: el primero es el uso incorrecto de la función pública (que implica, en general, el apartamiento de la funciones que desempeña el funcionario) y, el segundo, el provecho económico que este abuso genera para él o para otra persona.

Sin embargo, a partir de aquí, existen más divergencias que coincidencias, ya que los autores que hablan del tema, desarrollan sus posturas poniendo el acento en uno u otro elemento, sin poder aclarar los problemas de interpretación que, por su vaguedad y ambigüedad, presenta el término corrupción.

Así, por ejemplo, algunos ponen el acento en “el uso incorrecto del poder público para obtener fines privados”⁽⁸⁾, lo que presenta el interrogante de cómo interpretar el sentido de la frase “uso incorrecto del poder público”: si como contrario a las normas jurídicas, o bien como una actuación contraria a normas éticas⁽⁹⁾.

Otras definiciones, que tratan de otorgar mayor precisión a este concepto, se basan en el “deber posicional” y recurren necesariamente a un determinado marco normativo de referencia. En este sentido, Malem Seña destaca que “se pueden definir los actos de corrupción, entonces, como aquellos que constituyen la violación activa o pasiva, de un deber posicional o del incumplimiento de alguna función específica realizados en un marco de discreción con el objeto de obtener un beneficio extraposicional, cualquiera que sea su naturaleza”⁽¹⁰⁾.

En tanto el beneficio extraposicional sería la ganancia externa a la actividad correspondiente a la posición, en la definición de Malem Seña aparece de manera clara que la violación de deberes legales por parte del fun-

(8) ROSE-ACKERMAN, S., *La Corrupción y los Gobiernos. Causas, consecuencias y reforma*, Buenos Aires, Siglo Veintiuno de Argentina Editores, 2001.

(9) En esa misma línea, algunos organismos internacionales como el Banco Mundial y Transparencia Internacional han propuesto la adopción de un concepto amplio de corrupción definiéndola como “el abuso de funciones públicas para fines privados”.

(10) MALEM SEÑA, JORGE F., *La corrupción. Aspectos éticos, económicos, políticos y jurídicos*, 1ra ed., Barcelona: Ed. Gedisa, 2002, pp. 177/186.

cionario es un elemento esencial de la definición. Sin embargo, si partimos de este concepto, un soborno realizado a un funcionario público para que cumpla su deber o lo haga en tiempo oportuno o en forma eficiente, no sería considerado acto de corrupción.

Para evitar estos problemas, existen definiciones que ponen el acento en la motivación de estas conductas, que se traduciría en perseguir la obtención de beneficios privados. En tal sentido, el elemento definitorio de este tipo de actos sería el elemento subjetivo.

Y, finalmente, otras posiciones ponen el acento en la preservación de valores vigentes en una sociedad⁽¹¹⁾.

Ahora bien, como estas dificultades también se trasladaron a los convenciones internacionales que abordan el tema, no hay en ellas una definición de actos de corrupción, sino que específicamente se define, enumeran y describen directamente los actos de corrupción. Ello surge de los arts. 7, 8, 9 y 10 de la Convención Interamericana contra la Corrupción de la Organización de los Estados Americanos (CICC-OEA); del capítulo 3, arts. 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26 y 27 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción de la Organización de las Naciones Unidas (ONU); y del art. 1, apartados 1, 2 y 3 de la Convención sobre la Lucha contra el Cohecho de los Funcionarios Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE).

Estas convenciones establecen la obligación de los Estados Parte de tipificar algunos de esos actos como delitos, dejando la posibilidad de hacerlo o no respecto de otros, de acuerdo a lo dispuesto por sus respectivos ordenamientos jurídicos o constituciones (por ejemplo, enriquecimiento ilícito o soborno transnacional, arts. VIII y XI de la CICC).

Asimismo en estas convenciones, los Estados Partes también asumen la obligación de implementar una serie de medidas tendientes a prevenir y detectar estos actos de corrupción (art. 3 de la CICC⁽¹²⁾ y arts. 5, 6, 7, 8, 9, 10 y 13 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción).

(11) JEANNERET DE PEREZ CORTES, M., "Ética y función pública", en *Revista Jurídica La Ley*, online, 2005.

(12) Entre algunas de ellas, los Estados Parte se comprometen a considerar la aplicabilidad de medidas destinadas a mantener, crear y fortalecer sistemas para la declaración de los ingresos, activos y pasivos, por parte de las personas que desempeñan funciones públicas en

b. Relación entre lavado y actos de corrupción. En las tres convenciones citadas en último lugar, se establece claramente la relación entre los actos de corrupción y el lavado de dinero, como así también la importancia que se le asigna a las medidas tendientes a evitar, detectar y castigar todas aquellas actividades vinculadas a dar apariencia de legalidad a los fondos obtenidos mediante esos actos.

Más aún, tanto en el preámbulo de la CICC como en el de la CNUCC, se afirma la preocupación de los Estados Parte sobre los vínculos establecidos entre la corrupción y otras formas de delincuencia, en particular la delincuencia organizada y la delincuencia económica, incluido el blanqueo de dinero (CNUCC), haciéndose hincapié en la necesidad de adoptar medidas apropiadas respecto de los bienes productos de la corrupción en el ámbito internacional.

Por otra parte, las tres convenciones establecen la obligación de los Estados Partes de sancionar conductas relacionadas con el lavado de dinero. Así, la CICC define el art. IV, inc. d), como acto de corrupción, entre otros, el aprovechamiento doloso o la ocultación de bienes provenientes de cualquiera de los actos descriptos en el resto de los incisos de ese artículo.

El art. 14 de la citada CNUCC, establece el marco general para prevenir el blanqueo de dinero, requiriendo que sus Estados implanten un régimen interno de reglamentación y supervisión de los bancos y las instituciones financieras no bancarias, incluidas las personas naturales o jurídicas, a fin de prevenir y detectar las formas de blanqueo de dinero, poniéndose énfasis en los requisitos relativos a la identificación del cliente, beneficiario final, el establecimiento de registros y a la denuncia de las transacciones sospechosas.

Además, el art. 23 de esta convención, impone la obligación a los Estados Parte de tipificar en forma amplia el blanqueo del producto del delito de acuerdo con los principios fundamentales de su derecho interno, utilizando como verbos típicos “la conversión o transferencia de bienes”, “la ocultación o disimulación”, “la adquisición, posesión y utilización” y la

los cargos que establezca la ley y para la publicación de tales declaraciones cuando corresponda (inc.4); órganos de control superior, con el fin de desarrollar mecanismo modernos para prevenir, detectar, sancionar y erradicar prácticas corruptas (inc.9); medidas que impidan el soborno de funcionarios públicos nacionales y extranjeros, tales como mecanismos para asegurar que las sociedades mercantiles y otros tipos de asociaciones mantengan registros que reflejen con exactitud y razonable detalle la adquisición y enajenación de activos, y que establezcan suficientes controles internos que permitan a su personal detectar actos de corrupción (inc. 10), entre otras.

“participación”⁽¹³⁾; disponiendo asimismo que cada Estado Parte incluya como delitos determinantes, como mínimo una amplia gama de delitos tipificados con arreglo a esa convención (art. 23, párr. 2-b).

En cuanto a la convención OCDE, la misma refiere que cada Estado Parte que haya hecho del soborno a sus propios funcionarios un delito sobre el cual puede fundarse la aplicación de su legislación sobre lavado de dinero, deberá proceder en los mismos términos con el soborno de un funcionario público extranjero, sin atender al lugar donde el soborno hubiere ocurrido.

Esta relación marcada por todas las convenciones, no sólo reconoce la necesidad que existe de blanquear fondos provenientes de actos de corrupción, sino también, la de utilizar los fondos generados por la criminalidad organizada para pagar sobornos a funcionarios públicos, con la finalidad de conseguir protección o determinados negocios públicos, dado que en este último supuesto, también surgirá la necesidad de blanquear los fondos a utilizar.

En definitiva, resulta manifiesto el vínculo entre criminalidad organizada (mafias), actos de corrupción y lavado de activos.

Al respecto, por ejemplo, el Dr. Julio Virgolini sostiene que ya sea para el crimen económico o de cuello blanco como para el crimen organizado, el recurso a la corrupción constituye una especie de técnica compartida, de *know how* comunitario, a través del soborno a políticos, funcionarios, jueces, policía, en general otros contactos⁽¹⁴⁾.

Este mismo autor, al hablar específicamente del fenómeno de la corrupción, señala que existe una concepción manifiesta a buscar explicarlo des-

(13) “Art. 23.1. Cada Estado Parte adoptará, de conformidad con los principios fundamentales de su derecho interno, las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se comentan intencionalmente: a) i) La conversión o la transferencia de bienes, a sabiendas de que esos bienes son producto del delito, con el propósito de ocultar y disimular el origen ilícito de los bienes o ayudar a cualquier persona involucrada en la comisión del delito determinante a eludir las consecuencias jurídicas de sus actos; ii) La ocultación o disimulación de la verdadera naturaleza, el origen, la ubicación, la disposición, el movimiento o la propiedad de bienes o del legítimo derecho a éstos, a sabiendas de que dichos bienes son productos del delito; b) Con sujeción a los conceptos básicos de su ordenamiento jurídico: i) La adquisición, posesión o utilización de bienes, a sabiendas, en el momento de su recepción, de que son productos del delito; ii) La participación en la comisión de cualquiera de los delitos tipificados con arreglo al presente artículo, así como la asociación y la confabulación para cometerlos, la tentativa de cometerlos y la ayuda, la incitación, la facilitación y el asesoramiento en aras de la comisión (...).”

(14) VIRGOLINI, JULIO E. S., *Crímenes excelentes. Delitos de cuello blanco, crimen organizado y corrupción*, 1era. ed., Colección Tesis Doctoral 2, Editores del Puerto, 2004, pp. 239/263.

de una dimensión mayormente técnica y no a partir del problema que este representa. La solución al problema generado por la corrupción se encontraría dentro del mercado, puesto que es allí donde se genera y se instala en las estructuras políticas desde las cuales se consolida. De lo que se trata, para Virgolini, es de convertir al Estado en el instrumento para la generación de la renta privada, ante la ausencia o la debilidad de los mecanismos típicamente económicos como la innovación tecnológica, la apertura de nuevos mercados, el desarrollo de nuevas formas de financiamiento o de comercialización, la inversión de capitales, los proyectos a largo plazo, etc.

Por su parte, Jorge Malem Seña⁽¹⁵⁾, al hacer referencia a los efectos económicos y sociales de la corrupción, indica que con la ejecución de un primer acto de soborno o de extorsión, se inicia, por lo general, una serie de cascada de otros actos irregulares. Se desciende por una pendiente resbaladiza donde opera una especie de ley Gresham⁽¹⁶⁾, que lleva a cometer actos malos para evitar actos peores. En tal sentido, pone como ejemplo que las empresas o particulares, con el objeto de ocultar un pago corrupto, suelen tener “fondos sucios” no autorizados por las leyes, o quizás se vean obligados a sacar ese dinero del país ilegalmente. Por su parte, quien recibe el dinero, tiene la necesidad de “blanquearlo” o “lavarlo” en muchos casos fuera del país, con la complicidad de agentes bancarios o de otro tipo, por lo que es común que un acto de corrupción inicie un proceso similar al de una bola de nieve que arrastra cada vez más infracciones y más compromisos corruptos.

Este autor también destaca la relación entre la financiación de los partidos políticos y la corrupción, refiriendo que “parece ser un hecho indudable que cuando los políticos necesitan dinero desesperadamente y el dinero busca tener influencia política también de un modo desesperado, la política y el dinero no pueden mantenerse alejados la una del otro durante mucho tiempo”⁽¹⁷⁾.

En igual dirección, Cristián Aedo⁽¹⁸⁾ indica, que parecería que tanto desde el punto de vista de la oferta como de la demanda de corrupción existen

(15) MALEM SEÑA, JORGE F., op.cit, pp. 177/186.

(16) La Ley de Gresham es el principio según el cual, cuando en un país circulan simultáneamente dos tipos de monedas, ambas de curso legal, y una de ellas es considerada por el público como “buena” y la otra como “mala”, la moneda mala siempre expulsa del mercado a la buena, pues los consumidores prefieren ahorrar la buena y no utilizarla como medio de pago.

(17) El desarrollo de este tema, se puede encontrar en MALEM SEÑA, JORGE F., op. cit., pp. 91/143.

(18) AEDO, CRISTIÁN, “Reflexiones sobre la corrupción”, en *Eficiencia, corrupción y crecimiento con equidad*, Serie Ética, n° 4, Bilbao, Universidad de Deusto, 1996, p. 22 y ss.

retornos crecientes en el sentido de que un aumento de estas actividades implica un menor costo por su realización. Ello así, porque una vez que se han llevado a cabo las “inversiones” que supone sufragar los costos fijos para desarrollar la práctica corrupta —la creación de empresas donde la responsabilidad se diluya, el contacto y la contratación de intermediarios de distintos tipos, el aseguramiento del “blanqueo de dinero” a través de cuentas bancarias, etc.—, ella en el futuro se hará más barata y más fácil.

También un estudio realizado por el Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI)⁽¹⁹⁾, da cuenta de la relación estrecha que existe entre la corrupción y lavado de activos, en tanto señala que al igual que otros delitos, la corrupción, soborno y robo de fondos públicos, son cometidos generalmente con el propósito de obtener ganancias privadas, y que, el lavar exitosamente los ingresos de un acto de corrupción, tiene además la ventaja adicional, que las ganancias ilícitas puedan ser disfrutadas sin temor a ser confiscada por el Estado.

Más aún, el GAFI reconoce el vínculo de la corrupción y el lavado de dinero, en cuanto menciona que las medidas para prevenir el lavado ayudan a combatir la corrupción. Tanto así, que los temas relativos a la corrupción son tomados en consideración durante los procesos de evaluación mutua que realiza, en los que se revisa el debido cumplimiento de los países miembros con las recomendaciones emitidas por dicho organismo (40 Recomendaciones⁽²⁰⁾).

Además, para valorar la efectividad de las medidas adoptadas para combatir el lavado de activos, el GAFI toma en consideración el número de investigaciones, procesos y sentencias por lavado de activos, como así también el monto de los bienes decomisados relacionados con este delito y los delitos precedentes incluyendo corrupción y soborno.

(19) La creación del GAFI fue sugerida en 1989 en la cumbre del G-7 celebrada en París. Su nacimiento tuvo por finalidad promover, desarrollar y coordinar políticas tendientes a luchar contra el blanqueo de capitales en el plano internacional. Su puntapié inicial fueron las 40 recomendaciones aprobadas en 1991, que fueron ampliadas en 9 más para prevenir el financiamiento del terrorismo luego de los acontecimientos del 2001.

(20) Las 40 Recomendaciones originales del GAFI fueron una iniciativa para combatir los usos indebidos de los sistemas financieros por parte de personas que lavaban el dinero del tráfico ilícito de drogas. En 1996, se revisaron las recomendaciones por primera vez para reflejar las crecientes tendencias y técnicas de lavado de activos y para ampliar su campo más allá del proveniente de las drogas.

c. Daños que generan el fenómeno de la corrupción y el del lavado de activos. Respecto a la identificación de los daños que generan los actos de corrupción, paulatinamente se está abandonando la postura de que la corrupción es un delito sin víctimas, y que sólo afecta al Estado. Aquí, debemos recordar que los actos de corrupción en nuestra legislación se encuentran ubicados en el título de los delitos contra la administración pública (Título XI del Código Penal).

Actualmente, tanto la doctrina como los documentos internacionales citados, entienden que la corrupción provoca un alto impacto en la generación de desigualdad social y empobrecimiento de las clases sociales menos favorecidas. Este efecto se produce porque los fondos destinados a cubrir servicios básicos que presta el Estado (salud, educación, justicia) o para cubrir otras necesidades sociales (vivienda, alimentos) son malversados, sustraídos o desviados por los funcionarios públicos encargados de administrarlos. De ello se deriva que es indiscutible el impacto político y social de la corrupción.

Pero también se han señalado daños generados por actos de corrupción en otros ámbitos. Así, en el ámbito social, porque obstaculiza la implementación de políticas públicas que aseguren los derechos económicos sociales y culturales, además de generar malestar e inequidad en la población al verse agrandada la brecha entre ricos y pobres.

En el ámbito político, dado que dificulta o impide a los gobiernos implementar sus políticas públicas y la aprobación de leyes orientadas a prevenir y combatir actos de corrupción, en tanto promueve que el acceso a la función pública se encuentre motivada en apetencias de ganancias personales. Esto hace que la confianza pública en la democracia como forma de gobierno se vea debilitada y la legitimidad de los gobiernos socavada, a más de erosionar la confianza internacional en el gobierno.

Y en el ámbito económico, puesto que entre otras, promueve la fuga de capitales nacionales al exterior; genera la disminución de recursos asignados a un área para atender necesidades de una distinta; distorsiona los ámbitos de competencia, y deforma la composición del gasto público porque los funcionarios focalizan su actividad en áreas que dejan mayores ganancias ilícitas”⁽²¹⁾.

(21) Un amplio desarrollo de este tema se puede encontrar en: GUILLERMO, J. (consultor), *Manual de investigación de delitos contra la corrupción*, Fiscalía Anticorrupción de Panamá, Panamá, Editora Novo Art. S.A, 2007.

En relación al daño que provoca el lavado de activos, si se enfatiza el hecho precedente, aquél estaría lesionando el mismo bien jurídico que el delito que perfecciona. Sin embargo, existe una tendencia generalizada a percibirlo como una conducta que lesiona otros bienes jurídicos.

En algunas legislaciones (por ejemplo, la argentina anterior a la última reforma) se lo considera una forma de encubrimiento, es decir, una forma de afectación al normal funcionamiento de la administración de justicia. El problema de esta postura radica en que por la estrecha relación con el delito precedente, pueden existir dificultades probatorias para fundar una condena por lavado⁽²²⁾.

También se consideró que el lavado de activos afecta a la administración pública, esto es, al regular funcionamiento de los órganos del Estado. Concretamente, lo que se vería afectado sería el poder del Estado de generar determinados dispositivos de orden en el campo económico, al ocultar fondos y sustraerlos del seguimiento estatal.

Otra concepción radica en sostener que el lavado de activos, afecta directamente el mercado, por cuanto extiende sus efectos nocivos a la circulación y aplicación de capitales (con lo cual adquiere autonomía respecto del delito precedente). La conclusión de esta postura es que se afecta el orden socioeconómico (nacional y mundial), específicamente "el marco normativo (constitucional y derivado) que regula el sistema de libre mercado y el objetivo social que debe cumplir; tal como el mantenimiento de condiciones de competencia no distorsionada o la licitud de los bienes que por aquél circulan"⁽²³⁾.

Es ésta la orientación que toma la ley 26.683⁽²⁴⁾ al establecer claras reformas al tipo penal del lavado de activos, describiendo conductas (art.303 al 305 del Código Penal de la Nación) que afectan el orden económico y financiero.

Por último, cabe señalar que existen voces que sostienen que esta figura afecta la fe pública o la propiedad.

(22) ORSI, OMAR, op. cit, p.80; D'ALLESSIO ANDRÉS Y DIVITO MAURO, op. cit, pp. 925/ 926.

(23) ORSI OMAR, op. cit, p. 312.

(24) En la Argentina, con fecha 1 de junio de 2011, se sancionó la ley 26.683, mediante la cual se derogó al artículo 278 del Código Penal de la Nación que introducía al lavado de activos como una especie del género encubrimiento dentro de los delitos contra la administración pública, e incorporó un nuevo Título a su Libro Segundo, denominando "Delitos contra el orden económico y financiero", dentro del cual lo tipifica como delito autónomo.

d. La Globalización del Comercio y la Corrupción. Ahora bien, existe otro elemento que vincula al lavado y los actos de corrupción, y que dificulta claramente la investigación y la aplicación de la ley en general, y la penal en particular: el comercio globalizado.

Resulta claro que la apertura económica de los Estados como los procesos de privatización, desregulación e integración económica, eliminación del control de capitales, y los avances tecnológicos en las comunicaciones y en el transporte (transacciones bancarias en el instante, transporte de mercaderías, etc.), han complicado las investigaciones sobre corrupción y han favorecido el lavado de los fondos provenientes de este delito y de otros⁽²⁵⁾.

Así, la liberalización de los mercados financieros ha permitido el uso de institutos jurídicos, a través de los cuales se ocultan los pagos corruptos tras máscaras societarias, y hace que se requiera de procesos complejos de cooperación internacional para la identificación, congelamiento y recupero de los bienes afectados.

Como los cambios políticos y tecnológicos generaron un aumento en las inversiones extranjeras directas para el intercambio de bienes y servicios, el aumento del comercio internacional implicó la internacionalización de la corrupción, por encontrarse implicadas personas jurídicas y físicas de distintas nacionalidades. En este sentido, se puede hablar de una globalización de la corrupción que hace que, en la mayoría de los casos, las investigaciones se conviertan también en un problema transnacional, requiriéndose una eficiente política punitiva en materia de actos de corrupción que esté acompañada, además, de una serie de medidas tendientes a prevenir, investigar y penar las maniobras de lavado de activos de origen delictivo.

A los fines de afrontar estas dificultades, las convenciones mencionadas anteriormente han venido a establecer un marco de referencia a nivel mundial para la lucha contra estos fenómenos, buscando con ello dar uniformidad a las legislaciones que tipifican estas conductas, establecer métodos de prevención comunes, facilitar la cooperación entre los países y el seguimiento y recupero del dinero, etc.

e. Convenciones internacionales y el enfoque supranacional. En el prefacio de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Orga-

(25) Ver MALEM SEÑA, JORGE F., op. cit., pp. 173/209.

nizada Transnacional, el Secretario General de esta organización, sostuvo que “si la delincuencia atraviesa la frontera, lo mismo debe hacer la acción de la ley. Si el imperio de la ley se ve socavado no sólo en un país, sino en muchos países, quienes lo defienden no se pueden limitar únicamente a los medios y arbitrios nacionales. Si los enemigos del progreso y los derechos humanos procuran servirse de la apertura y las posibilidades que brinda la mundialización para lograr sus fines, nosotros debemos servirnos de esos mismos factores para defender los derechos humanos y vencer a la delincuencia, la corrupción y la trata de personas”.

Estas palabras resumen las razones por las cuales la comunidad internacional resolvió diseñar políticas globales de prevención y represión, mediante la suscripción de tratados internacionales impulsados principalmente por organismos multilaterales tales como el Banco Mundial (BM), la Organización de Estados Americanos (OEA) y la Organización de Naciones Unidas (ONU).

Algunos autores sostienen que el hecho de que las organizaciones criminales dedicadas a estos crímenes ya no cuenten con nacionalidad o límites territoriales, ha llevado a muchas naciones a incorporar principios acordes con la aplicación extraterritorial de la ley penal con miras a reconocer, en última instancia, una justicia supranacional o universal que pueda tener competencia para tratar asuntos que, por su gravedad y magnitud, amenazan la estabilidad social y económica de las naciones. En este sentido, ya no bastaría con el reconocimiento de la jurisdicción territorial, real o de defensa, o por la nacionalidad del autor o la víctima, si lo que se quiere es combatir en forma efectiva el crimen organizado y transnacional en el mundo entero⁽²⁶⁾.

Dicha concepción fue llevando a los Estados interesados en combatir estos fenómenos delictivos transnacionales a admitir la necesidad de aceptar la vigencia de un derecho penal supranacional y a reconocer la importancia de contar con una cooperación internacional en materia penal. Esto último básicamente porque, merced a la globalización, la comisión de estos crímenes trasciende ampliamente los márgenes territoriales de los Estados.

Por su parte, los diversos organismos internacionales involucrados en el combate de tales delitos coinciden en aceptar que una política de control

(26) DAVID, PEDRO R. “Globalización, prevención del delito y justicia penal”, Bs. As., Zavalía, 2004, p. 20 y ss.

débil o la ausencia de un régimen de combate del lavado de activos en un país determinado, permite a quienes operan al margen de la ley tanto utilizar sus ganancias financieras y ampliar con ello sus propósitos delictivos, como así también promover actividades ilegales como la corrupción, el narcotráfico, el tráfico ilícito o la explotación de seres humanos, el tráfico de armas, el contrabando, etc. También destacan que, existe una mayor presencia de organizaciones criminales que buscan integrar el capital ilegal al sistema formal, en aquellos países que presentan una mayor vulnerabilidad en el diseño adoptado para combatir las prácticas corruptas por parte de sus funcionarios.

3. Los tipos penales del delito de lavado de activos y la corrupción⁽²⁷⁾

Sin perjuicio de las vinculaciones que se señalaron anteriormente entre estos delitos, resulta ahora oportuno indicar las diferencias que existen entre ambos fenómenos, sobre todo en lo que respecta a su tipificación.

En tal sentido, basta indicar que en el caso de la Argentina, ambos delitos están ubicados en capítulos diferentes del Código Penal, lo que permite distinguir al bien jurídico protegido con la tipificación del lavado de activos por una lado, del bien jurídico que se resguarda con la penalización de las conductas que pueden ser reputadas como hechos de corrupción, por el otro.

Así, la figura básica del tipo penal de lavado de activos es la contenida en la primera parte del art. 303 del Título XIII, que define a los delitos contra el orden Económico y Financiero, por el que se reprime con prisión de tres (3) a diez (10) años y multa de dos (2) a diez (10) veces del monto de la operación, al que convirtiere, transfiriere, administrare, vendiere, gravare, disimulare o de cualquier otro modo pusiere en circulación en el mercado, bienes provenientes de un ilícito penal, con la consecuencia posible

(27) A efectos de confeccionar este resumen se consultó la siguiente bibliografía: Bruzzone, G., Gullco, H. y otros, El delito de enriquecimiento ilícito de funcionario público, Buenos Aires, Editorial AD-DOC, 2005; Buompadre, J. E., "Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial", David Baigún y Eugenio R. Zaffaroni (dirs.), tomo 10, 1ra ed., Buenos Aires, Editorial Hammurabi, 2011; Creus, C., Derecho Penal Parte Especial, tomo II, 6ta ed., 2da reimpresión, Buenos Aires, Ed. Astrea, 1999; Donna, E. A., Delitos contra la administración pública, 1ra ed., Buenos Aires, Ed. Rubinzal Culzoni, 2002; D'Alessio, A. J., Código Penal Comentado y Anotado. Parte Especial. Arts. 79 a 306, 1ra ed., Buenos Aires, La Ley, 2004; Righi, E., Derecho Penal, Parte General, Buenos Aires, Ed. Lexis Nexis, 2007; Zaffaroni, E., Slokar, A., Alagia, A., Derecho Penal, Parte General, Buenos Aires, Ed. Edia, 2000.

de que el origen de los bienes originarios o los subrogantes adquieran la apariencia de un origen lícito, y siempre que su valor supere la suma de pesos trescientos mil (\$ 300.000), sea en un solo acto o por la reiteración de hechos diversos vinculados entre sí.

Esta reciente modificación del tipo penal terminó de zanjar la discusión en torno a si el delito de lavado de dinero afectaba a la administración de justicia, conforme se desprendía de su anterior ubicación dentro del Título XI, o si principalmente y en mayor medida, afectaba a la libre competencia y al sistema socioeconómico en su conjunto, como parece confirmarse con la incorporación de este nuevo Capítulo XIII.

Al respecto también se observa, que más allá de los distintos verbos típicos abarcados por la figura básica del tipo penal de lavado de activos (convirtiere, transfiere, administrare, vendiere, gravare, disimulare o de cualquier otro modo pusiere en circulación en el mercado), y de los problemas que ellos plantean, la finalidad es una sola, cual es la consecuencia posible de que el origen de los bienes ilícitos o sus subrogantes adquieran una apariencia lícita.

En cuanto al delito de corrupción, éste no se encuentra tipificado expresamente en el Código Penal, sino que surge del inciso 1) artículo VI de la Convención Interamericana contra la Corrupción (CICC)⁽²⁸⁾ en donde se describen las prácticas que constituyen actos de corrupción, como ya lo hemos señalado.

El Código Penal argentino posee una parte especialmente dedicada a los delitos contra la Administración Pública (Título XI del Libro Segundo), donde se encuentran tipificados la mayoría de los denominados actos de corrupción. La ley 25.188 efectuó modificaciones a estos tipos penales a fin de adaptarlos a las exigencias de la CICC⁽²⁹⁾.

A su vez, en otros Capítulos del Código Penal se encuentran tipificados delitos que, si bien no lesionan directamente a la Administración Pública, se encuentran vinculados con actos de corrupción.

(28) La CICC fue adoptada el 29 de marzo de 1996 y firmada por 33 países de América. La Argentina ha firmado y ratificado la convención, por medio de la ley 24.759.

(29) Ver el siguiente informe: D'ALESSIO, ANDRÉS J., "Adaptando la legislación penal de Argentina a la Convención Interamericana contra la Corrupción", Buenos Aires, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2001. Para la enumeración de los tipos penales se tuvo como base el material de lectura obligatoria del curso dictado a través del Sistema de Capacitación en Ética Pública, citado precedentemente.

Dado que el objetivo de este trabajo no es realizar un análisis exhaustivo de los tipos penales relacionados con la corrupción ni con el tipo de lavado, sino poner en evidencia sus coincidencias y diferencias, seguidamente se describirán algunos de los actos de corrupción que constituyen en nuestro país, delitos vinculados con ella.

Para ello, partimos de la base de señalar que en los delitos que mencionaremos por su ubicación en el Código Penal, el sujeto activo debe presentar una característica especial: ser funcionario público en el ejercicio de su cargo o en uso de su competencia funcional (características especiales propias). Y en aquéllos en los que no se exige esta característica generalmente la pena se agrava si es sujeto activo ejerce esa función.

La definición de funcionario público está contenida en el artículo 77 del Código Penal de la Nación que hace extensiva esa condición a "todo el que participa accidental o permanentemente del ejercicio de las funciones públicas, sea por elección popular o por nombramiento de autoridad competente", equiparando dicho término con el de empleado público.

Cabe traer a colación que en un estudio publicado por el GAFI durante el año 2011⁽³⁰⁾, se identificaron los tipos de actos de corrupción que más ingresos generan. Y éstos son los relacionados con la aceptación de sobornos y comisiones clandestinas, tanto a los funcionarios extranjeros como a los nacionales, como también con la malversación de fondos (dinero perteneciente al Estado desviado para uso personal a través de una variedad de medios), la extorsión (en la que el funcionario público utiliza la amenaza del poder oficial para recibir el dinero) y con aquellos casos en los que el funcionario corrupto tiene un interés financiero personal en los actos y decisiones que toma en su capacidad oficial.

En primer lugar, todas las convenciones citadas se estructuran sobre un delito, el llamado soborno, coima o dádiva. Nuestra legislación prevé tanto el cohecho pasivo como el activo, el tráfico de influencias, y otra serie de conductas emparentadas con esta figura (exacciones ilegales, etc.)⁽³¹⁾.

(30) La publicación del GAFI de 2011 "El blanqueo del producto de la corrupción" debatió la interrelación entre la corrupción y el blanqueo de dinero. También resaltó la vulnerabilidad que conduce a un aumento del riesgo de lavado asociado con la corrupción e identificó las áreas en las que podría hacerse un trabajo en el futuro, todo con vistas a tener un mejor conocimiento de la correlación entre ciertos factores de riesgo y la corrupción.

(31) Para la enumeración de los tipos penales se tuvo como base el material de lectura obligatoria del curso dictado a través del Sistema de Capacitación en Ética Pública, citado precedentemente.

Ellas son las siguientes:

1. **Delito de cohecho pasivo**⁽³²⁾. Se trata de un delito de codelincuencia necesaria que requiere de la actuación de otro autor que dé, ofrezca o prometa algo (art. 258 CP). Este tipo penal requiere de un acuerdo venal entre el funcionario y quien le ofrece o promete algo, para que aquél haga u omita un acto relativo a sus funciones. Debe tratarse de un hecho determinado, futuro y de su competencia material y territorial —sean lícitos o ilícitos—.

2. **Delito de tráfico de influencias pasivo**⁽³³⁾. Al igual que en el caso anterior, se trata de un delito de codelincuencia necesaria, que requiere de la actuación de otro autor que dé, ofrezca o prometa algo (art. 258 CP). En el caso de recibir o aceptar, debe existir entre el agente y el tercero un acuerdo venal destinado a hacer valer indebidamente su influencia sobre un funcionario público a fin de que éste haga, retarde o deje de hacer algo relativo a sus funciones. El acuerdo debe versar sobre el ejercicio de una influencia “indebida”, es decir ilegítima, al margen de lo establecido por las leyes y los reglamentos, y el funcionario que se pretende influir no debe ser parte de ese acuerdo, ya que sino estaríamos ante un cohecho pasivo por persona interpuesta.

Finalmente, también el tipo penal requiere que el agente tenga una relación de poder sobre el funcionario, para poder ejercer una influencia real sobre aquél o, al menos, crea tener ese poder aunque en realidad no sea así, pues de lo contrario se estaría ante algún tipo de estafa.

(32) El artículo 256 CP dispone: “Será reprimido con reclusión o prisión de uno a seis años e inhabilitación especial perpetua, el funcionario público que por sí o por persona interpuesta, recibiere dinero o cualquier otra dádiva o aceptare una promesa directa o indirecta, para hacer, retardar o dejar de hacer algo relativo a sus funciones”. Quedan excluidos por razones de especialidad los magistrados y funcionarios del Ministerio Público (art. 257 del C.P.).

(33) El artículo 256 bis CP dispone: “Será reprimido con reclusión o prisión de uno a seis años e inhabilitación especial perpetua para ejercer la función pública, el que por sí o por persona interpuesta, solicitare o recibiere dinero o cualquier otra dádiva o aceptare una promesa directa o indirecta, para hacer valer indebidamente su influencia ante un funcionario a fin de que éste haga, retarde o deje de hacer algo relativo a sus funciones. Si aquella conducta estuviera destinada a hacer valer indebidamente una influencia ante un magistrado del Poder Judicial o del Ministerio Público, a fin de obtener la emisión, dictado, demora u omisión de un dictamen, resolución o fallo en asuntos sometidos a su competencia, el máximo de la pena de prisión o reclusión se elevará a doce años”.

3. **Delito de cohecho pasivo agravado**⁽³⁴⁾. El acuerdo debe tener por objeto el dictado, emisión, retardo u omisión de una resolución, fallo o dictamen de cuestiones sometidas a su competencia, a cambio de dinero o una dádiva que se recibe o acepta. Es indistinto que las resoluciones, fallos o dictámenes que impliquen decisiones en relación a la causa, resulten o no ajustados a derecho.

Las resoluciones abarcan tanto los autos como los decretos de mero trámite; fallo es la sentencia, la decisión que pone fin a la contienda esté o no firme; y dictamen es el informe, oral o escrito, emitido por los funcionarios en cuestión en un asunto sometido a su consideración.

4. **Delito de cohecho activo y tráfico de influencias activo**⁽³⁵⁾. Se trata de un delito unilateral que no requiere la configuración de las conductas de cohecho pasivo y tráfico de influencias pasivo, siendo indistinto si el funcionario —en el caso de cohecho— o el tercero —en el tráfico de influencias— aceptan o no el ofrecimiento espurio. En todos los casos debe referirse a hechos futuros, ya que las retribuciones efectuadas por actos ya realizados no son típicas de esta figura, sino del delito de admisión simple de dádivas.

5. **Delito de admisión simple de dádivas**⁽³⁶⁾. El delito consiste en admitir dádivas, las que **deben** ser recibidas por el funcionario, no bastando la aceptación de su promesa. Se diferencia del cohecho pasivo en primer lugar por la falta de acuerdo venal entre los sujetos. Además, mientras en el cohecho el funcionario acepta la dádiva a fin de hacer, retardar o dejar de hacer algo relativo a sus funciones, en la figura de análisis,

(34) El artículo 257 CP dispone: "Será reprimido con reclusión o prisión de cuatro a doce años e inhabilitación especial perpetua, el magistrado del Poder Judicial o del Ministerio Público, que por sí o por persona interpuesta, recibiere dinero o cualquier otra dádiva o aceptare una promesa directa o indirecta, para emitir, dictar, demorar u omitir una, resolución, fallo o dictamen en asuntos sometidos a su competencia".

(35) El artículo 258 CP dispone: "Será reprimido con reclusión o prisión de uno a seis años, el que directa o indirectamente, diere u ofreciere dádivas en procura de alguna de las conductas reprimidas por los arts. 256 y 256 bis, primer párrafo. Si la dádiva se hiciese u ofreciese con el fin de obtener alguna de las conductas tipificadas en los arts. 256 bis, segundo párrafo, y 257, la pena será de reclusión de dos a seis años. Si el culpable fuere funcionario público, sufrirá además inhabilitación especial de dos a seis años en el primer caso y de tres a diez en el segundo".

(36) El artículo 259 primer párrafo CP dispone: "Será reprimido prisión de un mes a dos años e inhabilitación absoluta de uno a seis años, el funcionario público que admitiere dádivas, que fueran entregadas en consideración a su oficio, mientras permanezca en el ejercicio de su cargo".

la dádiva está totalmente desvinculada de un acto de competencia del funcionario.

6. Delito de ofrecimiento simple de dádivas⁽³⁷⁾. Consiste en presentar u ofrecer una dádiva. Presentar es sinónimo de dar, importa poner a disposición o hacer llegar la dádiva; ofrecer es proponer la entrega, ofertar, prometer la entrega de la dádiva. Como en el caso anterior, se diferencia del cohecho activo por la falta de acuerdo venal entre los sujetos.

7. Delito de exacciones ilegales⁽³⁸⁾. La conducta puede reflejarse tanto en forma de una exigencia indebida, afectando la libertad de la víctima —cuando se funda en el temor de ella a la potestad pública—, o bien en forma de inducción al error —cuando se hace creer al administrado que está obligado a pagar o entregar algo que no debe, o por lo menos no lo debe en esa medida—.

Tanto lo exigido, como lo pagado, lo entregado o lo cobrado es algo no debido o, al menos, no debido en la forma requerida por la ley. Es indebido porque carece de la correspondiente autorización legal o reglamentaria, sea por ausencia de facultades del funcionario para realizar el cobro, o porque se extralimite en sus funciones solicitando aquello que no corresponde. También debe mediar un abuso funcional del agente.

8. Delito de concusión o exacciones agravadas por el destino del tributo⁽³⁹⁾. La norma prevé un delito de doble actividad: por un lado, el agente debe haber intervenido como autor o partícipe de alguna de las exacciones previstas en los arts. 266 y 267 CP; por el otro, debe agregar a esa conducta la conversión del producto de ellas en su particular provecho o en el de un tercero. Convertir implica dar a lo detraído un destino distinto al que se invocó ante el particular; esto es, hacerlo entrar en el patrimonio propio en lugar de ingresarlo a la Administración. No convierte el que habiendo ingresado los fondos en la Administración los quita de allí para ingresarlos

(37) El artículo 259 segundo párrafo CP dispone: “El que presentare la dádiva será reprimido con prisión de un mes a un año”.

(38) El artículo 266 CP dispone: “Será reprimido con reclusión o prisión de uno a cuatro años e inhabilitación especial de uno a cinco años, el funcionario público que, abusando de su cargo, solicitare, exigiere o hiciere pagar o entregar indebidamente, por sí o por interpuesta persona, una contribución, un derecho o una dádiva o cobrase mayores derechos que los que corresponden”.

(39) El artículo 268 CP dispone: “Será reprimido con prisión de dos a seis años e inhabilitación especial perpetua, el funcionario público que convirtiere en provecho propio o de tercero las exacciones ilegales expresadas en los artículos anteriores”.

en patrimonios particulares ya que, como veremos, en este supuesto estaremos en presencia de otro delito.

El objeto tiene que haber sido exigido o solicitado en nombre de la Administración, ya que la prestación que el funcionario requiere para sí no puede ser convertida, y por ende, no puede haber concusión.

9. Soborno transnacional. El soborno transnacional es entendido como el ofrecimiento o entrega de dinero, bienes de valor pecuniario u otros beneficios, como favores, promesas o ventajas a un funcionario público de un Estado extranjero, a fin de conseguir que ese funcionario realice u omita cualquier acto relacionado con una transacción de naturaleza económica o comercial vinculada con el ejercicio de su cargo.

A diferencia del soborno doméstico, en el soborno transnacional los beneficios indebidos no están destinados a un funcionario de la propia administración gubernamental sino a un funcionario de un Estado extranjero. El mismo acto puede ser visto desde dos caras opuestas: es un soborno doméstico para la legislación del país al que pertenece el funcionario; y es un soborno transnacional para la legislación del país al que pertenece el particular que ofreció u otorgó los beneficios indebidos⁽⁴⁰⁾.

En nuestro ordenamiento interno el art. 258 *bis* CP⁽⁴¹⁾. La distinción de esta figura con la del cohecho activo y el tráfico de influencias activo, está dada por la exigencia de que el acto corrupto que se pretende motivar a través del pago de una dádiva debe ser exclusivamente un asunto vinculado a una transacción de naturaleza económica (perteneiente o relativo a la economía), financiera (perteneiente o relativo a la hacienda pública, a las cuestiones bancarias y bursátiles o a los grandes negocios mercantiles) o comercial (perteneiente o relativo al comercio). El pago debe efectuarse a un funcionario de un Estado o de una organización pública internacional (ONU, OEA, etc.) para su beneficio o de un tercero.

(40) MANFRONI, CARLOS, "El Delito de Soborno Transnacional", en *Revista Aportes para el Estado y la Administración Gubernamental*, n° 16, Asociación de Administradores Gubernamentales. Ver texto en: <http://www.asociacionag.org.ar>

(41) "Será reprimido con reclusión de uno (1) a seis (6) años e inhabilitación especial perpetua para ejercer la función pública el que, directa o indirectamente, ofreciere u otorgare a un funcionario público de otro Estado o de una organización pública internacional, ya sea en su beneficio o de un tercero, sumas de dinero o cualquier objeto de valor pecuniario u otras compensaciones, tales como dádivas, favores, promesas o ventajas, a cambio de que dicho funcionario realice u omita realizar un acto relacionado con el ejercicio de sus funciones

10. Otro conjunto de actos generadores de recursos lo encontramos en aquellos que implican malversar fondos públicos. Entre los que tienen más trascendencia podemos mencionar los delitos de malversación de caudales públicos, peculado y negociaciones incompatibles con el ejercicio de la función pública.

10. a) **Delito de malversación de caudales públicos**⁽⁴²⁾. La conducta consiste en dar a los caudales y efectos⁽⁴³⁾ administrados por el funcionario una aplicación diferente a aquella que estaban destinados. El cambio de destino debe ser público (es decir, no deben salir de la órbita de la administración pública).

La acción típica exige que los bienes deben estar sujetos a una finalidad específica destinada por ley, reglamento u orden de autoridad competente (un bien que no tenga destino específico no estará dentro de los bienes que puedan ser objeto de malversación).

El daño o entorpecimiento del servicio al que estaban destinados los bienes agrava la figura (es necesario que se concrete la producción real y efectiva del daño o entorpecimiento del servicio público).

10.b) **Delito de peculado**⁽⁴⁴⁾. La acción que se reprime es la de sustraer, extraer o quitar los bienes de la tenencia en la esfera administrativa en que ellos han sido colocados por las leyes, reglamentos u órdenes legítimas.

públicas, o para que haga valer la influencia derivada de su cargo, en un asunto vinculado a una transacción de naturaleza económica, financiera o comercial”.

(42) El art. 260 CP dispone: “Será reprimido con inhabilitación especial de un mes a tres años, el funcionario público que diere a los caudales o efectos que administrare una aplicación diferente de aquella a que estuvieren destinados. Si de ello resultare daño o entorpecimiento del servicio a que estuvieren destinados, se impondrá además al culpable, multa del veinte al cincuenta por ciento de la cantidad distraída”.

(43) Por caudales se entiende a toda clase de bienes con el alcance que se les da en el art. 2312 CC, mientras que el concepto de efectos se relaciona con los documentos de crédito emanados del Estado, sea nacional, provincial o municipal. La doctrina nacional entiende que son bienes públicos aquellos que pertenecen a la administración pública y que la pertenencia de los mismos comienza desde el mismo momento en que existe un derecho expectante de la administración, aunque ellos no hayan ingresado formalmente a las arcas de la entidad (Teoría de la pertenencia).

(44) El artículo 261, párr. 1 CP dispone: “Será reprimido con reclusión o prisión de dos a diez años e inhabilitación absoluta perpetua, el funcionario público que sustrajere caudales o efectos cuya administración, percepción o custodia le haya sido confiada por razón de su cargo”.

El bien debe ser separado o apartado de la esfera de la administración pública en la que legalmente se encuentra (implica colocarlo fuera del alcance de la custodia en que fue previsto). La custodia puede ser transitoria o permanente, pero ella, al momento del hecho, debe haber sido confiada al funcionario en razón de su cargo. La custodia compartida con otro funcionario queda comprendida por este tipo penal. Es una forma distinta de malversación.

10.c) Otro delito considerado acto de corrupción y que puede estar vinculado con generar ganancias, es el delito de **negociaciones incompatibles con el ejercicio de la función pública**⁽⁴⁵⁾, sobre todo cuando éste está motivado, por ejemplo en contribuciones a campañas políticas proveniente de dinero producto del lavado de activos. La acción típica es la de “interesarse” en un contrato u operación, que se verifica según una postura cuando el funcionario guía el negocio de que se trate en pos de un interés no administrativo⁽⁴⁶⁾, sea para satisfacer un beneficio propio del funcionario o de un tercero. Se trata, en este caso, de un abuso o desviación de poder. Por ejemplo, un funcionario que modifica las condiciones o requisitos de una licitación pública para favorecer a un oferente particular, con competencia para hacerlo.

Algunas posturas entienden que interesarse sólo implica la superposición de dos personalidades, la del particular interesado y la del funcionario público; por lo cual, el tipo penal se limitaría al funcionario público que contrate consigo mismo o persona interpuesta.

11. Finalmente, los otros dos tipos penales que se vinculan directamente con la corrupción son el de **enriquecimiento ilícito** y de **fraudes a la administración pública**. Si bien estos no están previstos como actos que afectan la administración pública, no caben dudas de que son conductas vinculadas directamente con actos de corrupción, por su actitud para irrogar severos daños patrimoniales a las arcas del Estado, teniendo además aptitud para generar amplias ganancias pasibles de ser blanqueadas.

(45) El artículo 265 CP dispone: “Será reprimido con reclusión o prisión de uno a seis años e inhabilitación especial perpetua, el funcionario público que, directamente, por persona interpuesta o por acto simulado, se interesare en miras de un beneficio propio o de un tercero, en cualquier contrato u operación en que intervenga en razón de su cargo”.

(46) La doctrina señala que el interés debe ser de índole económica, aun cuando esté motivado en otras causas.

11.a) **Defraudaciones.** Las defraudaciones se encuentran tipificadas en el Código Penal en el apartado referido a los delitos contra la propiedad. Sin embargo, se vinculan con los actos de corrupción en la medida que dichas defraudaciones sean cometidas por funcionarios públicos y se afecte el patrimonio del Estado.

Se denomina defraudaciones a una serie de delitos que tienen los siguientes elementos comunes: una lesión patrimonial o la disminución de un patrimonio, generados por el desplazamiento material de bienes como consecuencia de la actividad voluntaria de la propia víctima o titular de ese patrimonio (sujeto pasivo) o en la actividad del autor del delito (sujeto activo) que se aprovecha de circunstancias ajenas a él (por ejemplo: aprovecharse de un error de la víctima no provocado por el sujeto activo).

Para que el delito se configure, la víctima debe ser inducida a generar ese desplazamiento por la actividad o conducta del autor del delito —ardid o engaño—, o bien éste debe aprovecharse del error cometido por el sujeto pasivo o un tercero.

La doctrina penal desarrolla diferentes especies de defraudaciones. Aquí mencionamos sólo dos de ellas, que son las relevantes por su posible vinculación con la corrupción y con el lavado de los fondos así obtenidos.

Las defraudaciones por fraude, en las que el autor genera un error en la víctima, que, a su vez, causa una disposición patrimonial perjudicial (ejemplo, la estafa), o las que se cometen abusando de la confianza depositada en el autor. Esta última se produce cuando el sujeto pasivo confía su patrimonio a otra persona, y ésta defraudando la expectativa de aquélla y abusando de la relación preexistente, perjudica el patrimonio confiado (administración fraudulenta).

11.b) **Enriquecimiento ilícito.** De la lectura del artículo 268 (2)⁽⁴⁷⁾ CP, se colige que la acción típica del empleado o funcionario público es la de

(47) “Será reprimido con reclusión o prisión de dos a seis años, multa del cincuenta por ciento al ciento por ciento del valor del enriquecimiento e inhabilitación absoluta perpetua, el que al ser debidamente requerido, no justificare la procedencia de un enriquecimiento patrimonial apreciable suyo o de persona interpuesta para disimular lo ocurrido con posterioridad a la asunción de un cargo o empleo público y hasta dos años después de haber cesado en su desempeño. Se entenderá que hubo enriquecimiento no sólo cuando el patrimonio se hubiese incrementado con dinero, cosas o bienes, sino también cuando se hubiesen cancelado deudas o extinguido obligaciones que lo afectaban. La persona interpuesta para disimular el enriquecimiento será reprimida con la misma pena que el autor del hecho”.

enriquecerse de manera apreciable y de forma injustificada durante la vigencia de la relación laboral, caracterizándose además la conducta por dos elementos: a) El crecimiento patrimonial apreciable del funcionario público, y b) La falta de explicación sobre el origen de ese incremento, al ser requerido por autoridad competente.

Cabe señalarse que el incremento patrimonial (aumento o disminución del activo) será apreciable cuando resulte considerable en relación a la situación económica del funcionario al momento de asumir el cargo, y no se condiga con una evolución normal de la misma durante el tiempo de desempeño de la función o en el período ulterior a su cese anterior a la producción del requerimiento.

Por otro lado, el incremento patrimonial en cuestión no está limitado temporalmente a la permanencia en el cargo por parte del funcionario, sino que se puede considerar la evolución patrimonial que registre toda persona desde el momento en que asume la función pública y hasta los dos años posteriores al cese de su desempeño en tal cargo. Ello, sin duda, busca abarcar enriquecimientos producidos luego de que el funcionario público deja de ejercer la función, pero motivados en el desempeño que en ella pueda haber tenido.

Es claro que para poder implementar tanto las directivas internacionales en torno a la represión del enriquecimiento ilícito, como así también tornar operativo el tipo penal contenido en nuestra legislación, resulta necesario contar con una institución que reciba las declaraciones juradas, controle su contenido y realice la denuncia pertinente en los casos en que se detecten irregularidades o incumplimientos.

En nuestro país, el sistema de declaraciones juradas se encuentra establecido en la Ley de Ética en el Ejercicio de la Función Pública, que obliga a determinados funcionarios públicos a presentar sus declaraciones juradas ante el organismo al que pertenecen, para que éste envíe luego una copia a la Comisión Nacional de Ética Pública.

Como esta Comisión nunca fue creada, cada uno de los poderes del Estado ha generado su propio sistema de control y seguimiento de Declaraciones Juradas.

Concretamente en el ámbito del Poder Ejecutivo Nacional, esa función la lleva a cabo la Oficina Anticorrupción de la Nación, que resulta tener, entre otras funciones, la de ser el organismo de aplicación del régimen de

presentación de declaraciones juradas dispuesto por resolución 1000/00 del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.

Si bien la explicación del funcionamiento de dicho régimen de presentación de declaraciones juradas excede el objeto del presente trabajo, cabe señalar que, entre las funciones que le fueron asignadas a la Oficina Anti-corrupción, se encuentra la de recibir las declaraciones y realizar un control sistemático de su contenido en el ámbito de la Administración Pública centralizada o descentralizada, empresas, sociedades y todo otro ente público o privado con participación del Estado o que tenga como principal fuente de recursos el aporte estatal, y para ello cuenta con un sistema informático a través del cual analiza la información según determinados criterios, concentrando los controles en posibles enriquecimientos ilícitos, omisiones maliciosas de presentación de declaraciones juradas y omisión o falseamiento malicioso de datos, además de controlar la existencia de situaciones que pudieran dar lugar a conflictos de intereses.

4. Las listas de Personas Políticamente Expuestas como instrumento de combate al lavado de dinero y la lucha contra la corrupción

Las Persona Políticamente Expuestas (PEP, por sus siglas en inglés) son personas que cumplen o han cumplido funciones públicas destacadas, incluyendo jefes de Estado o de gobierno, líderes políticos de larga trayectoria, altos cargos de Gobierno, del Poder Judicial o de las Fuerzas Armadas, importantes ejecutivos de empresas y del Estado y miembros influyentes de los partidos políticos. Siempre existe la posibilidad, sobre todo en los países en que la corrupción es generalizada, de que dichas personas abusen de su poder a través de malversación de fondos o desvíos de fondos, o que se vean expuestas a sobornos, u otras maniobras criminales.

La condición de persona expuesta políticamente no solamente comprende a la persona natural que desempeña o desempeñó funciones públicas destacadas, sino también su significado se extiende a sus parientes hasta el segundo grado de consanguinidad y segundo grado de afinidad y al cónyuge o concubino.

La particular situación de ventaja que tienen las PEP en virtud del cargo que ocupan o que han desempeñado, ha hecho que tanto a nivel internacional como nacional, se dicten una serie de normas para evitar que se beneficien indebidamente con el producido de prácticas corruptas, o les

sea más sencillo valerse de mecanismos para el lavado de activos proveniente de algún delito.

En tal sentido, el art. 52 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, tal como lo señalamos, requiere que los Estados Parte obliguen a sus instituciones financieras a verificar la identidad de sus clientes, a adoptar medidas razonables para identificar al beneficiario final de cuentas de valor elevado y a establecer un escrutinio intensificado respecto de las cuentas de las personas políticamente expuestas. También formula diversas recomendaciones relativas al control del incremento patrimonial de los funcionarios públicos.

Esta última disposición encuentra su similar en la nueva recomendación N° 12 del GAFI⁽⁴⁸⁾, que expresamente requiere que se exija a las instituciones financieras, que además de adoptar las medidas normales tendientes al conocimiento del cliente (debida diligencia), establezcan medidas razonables para determinar si un cliente o un beneficiario real es una persona PEP local o una persona que tiene una función prominente en una organización criminal, exigiéndoles también que dichas medidas sean aplicadas a los miembros de la familia o asociados cercanos a esas PEP.

También exige que los sujetos obligados tengan instalados sistemas de gestión del riesgo, toda vez que el conocimiento del riesgo permita evaluar qué nivel de debida diligencia resulta necesario una vez identificadas las PEP o las personas relevantes de las organizaciones internacionales.

En cumplimiento con ambas disposiciones, la Unidad de Información Financiera (UIF), que es la encargada del análisis, tratamiento y transmisión de información a efectos de prevenir el lavado de activos⁽⁴⁹⁾, mediante el dictado de la resolución N° 11/11, estableció la nómina de personas que deben ser consideradas PEP, como así también las medidas que ellos están obligados a cumplimentar. Conforme surge del considerando de esta resolución, a los efectos de elaborar dicha nómina, la UIF tuvo especial consideración a las definiciones de "Funcionario Público" que efectúan la Convención Interamericana contra la Corrupción⁽⁵⁰⁾ y la "Convención de

(48) Al respecto consultar: GRUPO DE ACCIÓN FINANCIERA, "Estándares Internacionales sobre el enfrentamiento al Lavado de Dinero, el Financiamiento del Terrorismo y la proliferación", en *40 Recomendaciones GAFI*, 2012.

(49) Ley 25.246, art. 6 y sus modificatorias.

(50) Art. 2: "(...) a) Por 'funcionario público' se entenderá: i) toda persona que ocupe un cargo legislativo, ejecutivo, administrativo o judicial de un Estado Parte, ya sea designado

las Naciones Unidas contra la Corrupción”, como así también la lista de funcionarios contenida en el art. 5 de la ley 25.188⁽⁵¹⁾ que enumera a los funcionarios obligados a presentar declaraciones juradas.

En lo que atañe a la nómina contenida en la ley 25.188, lo que hace la UIF con el dictado de la resolución N° 11/11 es ampliarla, incorporando en ella como PEP a los funcionarios que se desempeñan en las administraciones públicas provinciales, municipales y de la Ciudad de Buenos Aires, puesto que anteriormente sólo contenía autoridades vinculadas a la Administración Pública Nacional; estableciendo además qué personas deben ser consideradas “funcionarios públicos extranjeros” en razón de los cargos que ocupan o hubieran ocupado en otro Estado. Pero va más allá, también adiciona a las autoridades y apoderados de los partidos políticos a nivel nacional, provincial y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires; a las autoridades y representantes legales de organizaciones sindicales y empresariales y obras sociales contempladas en la ley 23.660. Por último, establece una nómina de personas. En todos los casos se contempla no sólo que el funcionario se encuentre actualmente desempeñando la función pública, sino que hubiera desempeñado dicha función hasta dos años anteriores a la fecha en que fue realizada la operatoria.

No obstante, con posterioridad, por presentaciones que habrían efectuado ante la UIF, tanto la Asociación de Industriales Metalúrgicos de la República Argentina y sus asociados como la Cámara Argentina de Comercio y la Cámara de Sociedades Anónimas solicitando la suspensión de la resolución N° 11/11 y su exclusión de la nómina de PEP, el organismo dictó

o elegido, permanente o temporal, remunerado u honorario, sea cual sea la antigüedad de esa persona en el cargo; ii) toda otra persona que desempeñe una función pública, incluso para un organismo público o una empresa pública, o que preste un servicio público, según se defina en el derecho interno del Estado Parte y se aplique en la esfera pertinente del ordenamiento jurídico de ese Estado Parte; iii) toda otra persona definida como ‘funcionario público’ en el derecho interno de un Estado Parte. No obstante, a los efectos de algunas medidas específicas incluidas en el capítulo II de la presente Convención, podrá entenderse por ‘funcionario público’ toda persona que desempeñe una función pública o preste un servicio público según se defina en el derecho interno del Estado Parte y se aplique en la esfera pertinente del ordenamiento jurídico de ese Estado Parte; b) Por ‘funcionario público extranjero’ se entenderá toda persona que ocupe un cargo legislativo, ejecutivo, administrativo o judicial de un país extranjero, ya sea designado o elegido; y toda persona que ejerza una función pública para un país extranjero, incluso para un organismo público o una empresa pública; c) Por ‘funcionario de una organización internacional pública’ se entenderá un empleado público internacional o toda persona que tal organización haya autorizado a actuar en su nombre (...).”

(51) Ley de “Ética en el ejercicio de la Función Pública”.

la resolución N° 52/12, por la que limita el alcance del artículo 1 d) de la cuestionada resolución, exceptuando de dicha disposición a aquellas que únicamente administren las contribuciones o participaciones efectuadas por socios, asociados, miembros asociados, miembros adherentes y/o a las que surgen de acuerdos destinados a cumplir con sus objetivos estatutarios.

Cabe señalar, que poco antes de la fecha del dictado de la resolución N°52/12 el GAFI había sustituido las “40 + 9 Recomendaciones” por las “Nuevas 40 Recomendaciones”⁽⁵²⁾, y en esta última se añadió el concepto de PEP de “Organizaciones Internacionales”⁽⁵³⁾, la UIF incorporó al listado a las personas que desempeñen o que hayan desempeñado hasta dos años anteriores a la fecha en que fue realizada la operatoria de que se trate, funciones superiores en una organización internacional y sean miembros de alta gerencia, es decir, directores, subdirectores y miembros de la Junta o funciones equivalentes, excluyendo a los funcionarios de niveles intermedios o inferiores. También por exigencia de las nuevas Recomendaciones, esta resolución incorporó al listado de PEP a los cónyuges, o convivientes reconocidos legalmente, y familiares en línea ascendente o descendiente hasta el primer grado de consanguinidad de todos los PEP.

5. Conclusión

De esta manera, someramente hemos dado las razones de porqué la corrupción y el lavado son dos fenómenos complejos, que se diversifican y se reproducen en nuevos productos, y que si bien constituyen unidades conceptuales diferentes, a la vez, se encuentran estrechamente relacionadas. Recordemos que la corrupción es con frecuencia la infracción de la que derivan los recursos que se lavan —delito previo del blanqueo—, pero también es habitual que los lavadores se valgan de servidores públicos corruptos que se abstengan de practicar sus obligaciones de control a cambio de un soborno.

(52) La resolución N° 52/12 se dictó con fecha 29 de marzo de 2012 y las “Nuevas 40 Recomendaciones” del GAFI son de febrero de 2012.

(53) El GAFI las definió como aquellas entidades establecidas mediante acuerdos políticos oficiales entre los distintos Estados, los cuales tienen estatus de tratados internacionales, su existencia es reconocida por ley en sus propios Estados, y que dichas organizaciones se puedan diferenciar del país en donde se encuentran radicadas, tales como la Organización de las Naciones Unidas, la Organización Mundial del Comercio, etc.

Asimismo, como estos fenómenos se ven favorecidos por la globalización del comercio, la comunidad internacional resolvió enfrentarlos en forma conjunta, previendo en principio instrumentos o mecanismos que puedan hacer frente a esa complejidad, encarando la lucha de estos fenómenos complejos en un plano tanto nacional como internacional.

Por ello, en este trabajo además de destacar los puntos de encuentro que existen entre el delito de lavado de activos y los tipos penales que describen y sancionan actos de corrupción, hemos realizado una breve descripción de la forma en que se han tipificado en nuestro país estas conductas, siguiendo las pautas establecidas en las convenciones internacionales.

