

LA PERSECUCIÓN PENAL DE LA CORRUPCIÓN – REFLEXIONES Y PROPUESTAS DE POLÍTICA CRIMINAL *

THE CRIMINAL PROSECUTION OF CORRUPTION – REFLECTIONS AND CRIMINAL POLICY PROPOSALS

*Bruno Rusca***

Resumen: Se propone, siguiendo la tesis de Kindhäuser, entender a la corrupción no como un delito autónomo, sino como un medio de agresión de distintos bienes jurídicos. En consecuencia, la corrupción es analizada como un fenómeno que atraviesa todo el campo socio-económico y no solamente al ámbito de la administración pública. En segundo lugar, se describe el tratamiento jurídico que recibe la corrupción en el Código Penal argentino, y se lo coteja con normas internacionales y de Derecho Comparado. Por último, se sugiere la implementación de distintas reformas para mejorar la eficiencia de la persecución penal de la corrupción.

Palabras-clave: Corrupción – Cohecho - Política criminal – Derecho comparado - Análisis económico.

Abstract: It is proposed, following Kindhäuser's thesis, understanding corruption not as an autonomous offense, but as a means of aggression of various legal interests. As a result, corruption is analyzed as a phenomenon that crosses all socio-economic fields, not just the field of public administration. Second, it describes the legal treatment that receives corruption in the Argentine Criminal Code, and compares it with international standards and comparative law. Finally, it suggests the implementation of various reforms to improve the efficiency of the criminal prosecution of corruption.

Key words: Corruption – Bribery – Criminal Policy – Comparative law - Economic Analysis.

* Trabajo recibido para su publicación el 9 de abril de 2012 y aceptado el 8 de junio.

** Abogado (U.N.C.). Profesor Ayudante "A" interino de la asignatura "Sociología Jurídica" de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba. Correo electrónico: brunorusca@yahoo.com.ar

Sumario: I. El concepto jurídico-penal de corrupción. — II. La corrupción en el sector privado. — III. Algunas consideraciones de política criminal en torno a la persecución penal de la corrupción. — IV. Conclusiones Finales. — V. Bibliografía.

I. El concepto jurídico-penal de corrupción

La mayoría de las definiciones de la corrupción vinculan este fenómeno al ejercicio de la función pública, y básicamente la entienden como la utilización de la autoridad para obtener beneficios personales en violación al interés público. Ahora bien, este tipo de definiciones además de ser demasiado amplias y poco precisas, suelen circunscribir el fenómeno de la corrupción al ámbito estatal.

Como sostiene Biscay la corrupción no es sólo un problema del sector público sino también de la criminalidad de los actores económicos, por lo que debe ser entendida ante todo como “un poder oculto que define las relaciones recíprocas entre la economía y la política” (1). En efecto, la corrupción no se reduce a una transferencia de recursos del ámbito público al privado o al usufructo de la autoridad pública para obtener ventajas personales, sino que constituye en términos criminológicos más amplios una interacción que se aparta de las expectativas normativas.

Una definición interesante del fenómeno de la corrupción, se puede encontrar en la obra del jurista argentino Carlos S. Nino, quien la conceptualiza como:

“la conducta de quien ejerce una cierta función social que implica determinadas obligaciones activas o pasivas destinadas a satisfacer ciertos fines, para cuya consecución fue designado en esa función, y no cumple con aquellas obligaciones o no las cumple de forma de satisfacer esos fines, de modo de obtener un cierto beneficio para él o un tercero, así como también la conducta del tercero que lo induce o se beneficia con tal incumplimiento” (2).

La definición de Nino tiene la virtud de comprender tanto la corrupción activa como la pasiva, y de incluir el fenómeno de la corrupción en el campo privado. Por otra parte, contiene los elementos centrales que caracterizan a la corrupción desde una perspectiva jurídico-penal. En este sentido, el penalista alemán Kindhäuser ha definido a la corrupción como la “vinculación contraria a intereses de una ventaja con el ejercicio de un poder de decisión transferido” (3). De su definición pueden extraerse tres elementos característicos del intercambio corrupto.

(1) BISCAY, P. “La Justicia Penal y el control de los delitos económicos y de corrupción”, en *Sistemas Judiciales*, N° 11, Buenos Aires, 2006, p. 4, disponible en <http://www.sistemasjudiciales.org/content/jud/archivos/notaarchivo/377.pdf>. Consultado el 05/10/2011.

(2) NINO, C. *Un país al margen de la ley*, 1° edición, Ariel, Buenos Aires, 2005, p. 109.

(3) KINDHÄUSER, U. “Presupuestos de la corrupción punible en el Estado, la economía y la sociedad. Los delitos de corrupción en el Código penal alemán”, Traducción de Percy García Cavero, en *Política Criminal. Revista Electrónica Semestral de Políticas Públicas en Materias Penales*, n° 3,

En primer lugar, la corrupción supone una relación entre dos agentes, o más precisamente, un intercambio irregular de prestaciones entre dos partes, el receptor de la ventaja y el otorgante de la misma. Debe existir entre ambos un verdadero pacto o acuerdo delictivo con obligaciones recíprocas.

En segundo término, para que exista corrupción, además del intercambio irregular de prestaciones, el receptor de la ventaja debe encontrarse en una especial posición de deber en favor de otro (4). Debe estar obligado a cumplir determinados deberes para lo cual fue designado en la función o cargo que ocupa. La corrupción supone entonces una relación trilateral, en la medida que al receptor de la ventaja se le debe haber *encargado* cumplir una función en favor de un tercero.

Por último, como tercer elemento del concepto de corrupción, y tal como lo señala Kindhäuser, debe existir una *incompatibilidad de intereses* entre la ventaja obtenida y la especial posición de deber en la que se encuentra el receptor. La ventaja debe ir en contra del interés del correcto ejercicio de la función o cargo desempeñado.

Caracterizado el fenómeno como la conjunción de los tres elementos descriptos más arriba, se puede decir siguiendo la tesis de Kindhäuser que la corrupción no constituye un delito autónomo, sino una particular forma de agresión de diversos intereses penalmente protegidos, como lo son por ejemplo el ardid o la violencia (5).

La principal consecuencia de esta caracterización es que, a diferencia de los abordajes que predominan en la doctrina nacional que enfatizan más en el objeto que en el medio de ataque (6), puede haber corrupción en distintos ámbitos de la vida social y no solo cuando se trata de funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones (7). En el derecho penal argentino la corrupción en el sector público es

2007, Universidad de Talca, Chile, p. 6, disponible en http://www.politicacriminal.cl/n_03/a_1_3.pdf. Consultado el 12/08/2011.

(4) KINDHÄUSER, U. *Op. Cit.*, p. 6.

(5) “Con ello, quisiera defender la tesis de que la corrupción, como tal, no es un delito autónomo y, por consiguiente, tampoco puede formularse un tipo penal general del delito de corrupción. Corrupción es, más bien, una determinada forma de agresión con la que se puede vulnerar los más distintos intereses penalmente protegidos. Los delitos de corrupción pueden dirigirse contra diversos bienes jurídicos. Por lo tanto, lo determinante para la legitimidad de la pena estatal es la circunstancia de que el autor ha puesto en peligro o lesionado por la vía de la corrupción un bien digno de protección”. KINDHÄUSER, U. *Op. Cit.*, p. 2

(6) A modo de ejemplo, Clemente-Ríos manifiestan: “Así desde la perspectiva administrativa y jurídico-política, la corrupción puede definirse como la desviación por parte de la Administración del fundamento de la justificación política de los poderes del Estado, entendido como el ‘interés público’ legalmente determinado, siendo éste un fenómeno heterogéneo, sistemático y complejo”. CLEMENTE, J. - RÍOS, C. *Cohecho y Tráfico de Influencias*, Lerner editora, Córdoba, 2011, p. 28.

(7) El sociólogo norteamericano Edwin Sutherland fue quien por primera vez analizó detalladamente la corrupción en el campo de los negocios y cuestionó la idea ya en aquel momento generalizada de que la corrupción era un problema exclusivo del ámbito estatal: “John Flynn escribió: El político

sancionada a tenor de los tipos penales de cohecho activo y pasivo (artículos 256 y 258 CP). En cambio, como regla general en el ámbito privado los intercambios corruptos no se encuentran sancionados penalmente.

II. La corrupción en el sector privado

La Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción (8), ratificada por la República Argentina, en su artículo 21 bajo el título “Soborno en el sector privado” establece:

“Cada Estado Parte considerará la posibilidad de adoptar las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente en el curso de actividades económicas, financieras o comerciales:

a) La promesa, el ofrecimiento o la concesión, en forma directa o indirecta, a una persona que dirija una entidad del sector privado o cumpla cualquier función en ella, de un beneficio indebido que redunde en su propio provecho o en el de otra persona, con el fin de que, faltando al deber inherente a sus funciones, actúe o se abstenga de actuar;

b) La solicitud o aceptación, en forma directa o indirecta, por una persona que dirija una entidad del sector privado o cumpla cualquier función en ella, de un beneficio indebido que redunde en su propio provecho o en el de otra persona, con el fin de que, faltando al deber inherente a sus funciones, actúe o se abstenga de actuar”.

A pesar de haber ratificado la Convención de Naciones Unidas, nuestro país no ha tipificado como delito la conducta del cohecho o soborno entre particulares. En cambio, el Código Penal español ha incluido la figura en su artículo 286 bis (9)

promedio es el más simple aficionado en el gentil arte del soborno, comparado con su par en el campo de los negocios. Y Walter Lippmann escribió: Pese a los pobres estándares de la vida pública, resultan mucho más sociales que los del comercio, a punto tal que los financistas que ingresan a la política se consideran a sí mismos filántropos.” Citados por SUTHERLAND, E. *Delitos de cuello blanco*, Editorial B de f., Buenos Aires, 2009, p. 12.

(8) Ratificada por ley 26097 (B.O. 9/06/2006).

(9) Artículo 286 bis. Código Penal Español.

“1. Quien por sí o por persona interpuesta prometa, ofrezca o conceda a directivos, administradores, empleados o colaboradores de una empresa mercantil o de una sociedad, asociación, fundación u organización un beneficio o ventaja de cualquier naturaleza no justificados para que le favorezca a él o a un tercero frente a otros, incumpliendo sus obligaciones en la adquisición o venta de mercancías o en la contratación de servicios profesionales, será castigado con la pena de prisión de seis meses a cuatro años, inhabilitación especial para el ejercicio de industria o comercio por tiempo de uno a seis años y multa del tanto al triple del valor del beneficio o ventaja.

2. Con las mismas penas será castigado el directivo, administrador, empleado o colaborador de una empresa mercantil, o de una sociedad, asociación, fundación u organización que, por sí o por persona interpuesta, reciba, solicite o acepte un beneficio o ventaja de cualquier naturaleza no justificados con el fin de favorecer frente a terceros a quien le otorga o del que espera el beneficio o ventaja, incum-

dentro del título XIII “De los delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico”, y en el capítulo XI relativo a los delitos contra la “propiedad intelectual e industrial, al mercado y a los consumidores”. El delito que prevé tanto la conducta de corrupción o cohecho pasivo como activo, se aplica a los directivos, administradores, empleados o colaboradores de una empresa mercantil o de una sociedad, asociación, fundación u organización, y se castiga con pena de prisión de seis meses a cuatro años, inhabilitación especial para el ejercicio de industria o comercio por uno a seis años y con multa que puede llegar al triple del beneficio o la ventaja obtenida. También el Código Penal Alemán ha tipificado el cohecho activo y pasivo en el sector privado, aunque limitado al ámbito del intercambio de servicios en el tráfico comercial, siempre que haya más de un oferente de bienes o servicios (10).

Ahora bien, mientras en la corrupción del sector público el injusto del hecho radica en la afectación de la objetividad de las decisiones de la Administración Pública, los intereses agredidos por la corrupción comercial son completamente diferentes (11). En efecto, la actividad estatal debe orientarse a la satisfacción del interés público y el bien común, en cambio la economía privada se rige por el principio de la maximización de beneficios personales, por lo que la obtención de ventajas es completamente legítima en este ámbito (12). En definitiva, y sin perjuicio de una eventual afectación del patrimonio de la sociedad o empresa cuyos intereses debe resguardar el receptor del soborno, el bien jurídico protegido en el delito de cohecho comercial es la libre competencia en el tráfico mercantil.

El injusto en el cohecho comercial radica en que el receptor del soborno no se motiva por las reglas del mercado en la contratación de ciertos bienes o servicios;

pliando sus obligaciones en la adquisición o venta de mercancías o en la contratación de servicios profesionales.

3. Los Jueces y Tribunales, en atención a la cuantía del beneficio o al valor de la ventaja, y la trascendencia de las funciones del culpable, podrán imponer la pena inferior en grado y reducir la de multa a su prudente arbitrio.

4. Lo dispuesto en este artículo será aplicable, en sus respectivos casos, a los directivos, administradores, empleados o colaboradores de una entidad deportiva, cualquiera que sea la forma jurídica de ésta, así como a los deportistas, árbitros o jueces, respecto de aquellas conductas que tengan por finalidad predeterminar o alterar de manera deliberada y fraudulenta el resultado de una prueba, encuentro o competición deportiva profesionales”.

(10) § 299 StGB. *Cohecho pasivo y cohecho activo en el tráfico comercial*

“(1) Quien como empleado o encargado de un establecimiento comercial exija, permita que le prometan o acepte en el tráfico comercial una ventaja para sí o para un tercero como contraprestación para que prefiera a otro de manera desleal en la adquisición de mercancía o servicios comerciales, será castigado con pena privativa de la libertad hasta tres años o con multa.

(2) De igual manera será castigado quien en el tráfico comercial con fines de competencia ofrezca, prometa o conceda a un empleado o encargado de un establecimiento comercial una ventaja para éste o para un tercero como contraprestación para que prefiera a él u a otro de manera desleal en la adquisición de mercancía o servicios comerciales”.

(11) KINDHÄUSER, U. *Op. Cit.*, p. 11.

(12) KINDHÄUSER, U. *Op. Cit.*, p. 11.

es decir, el cohechado no contrata con el mejor oferente según las reglas de la competencia, sino que se compromete a contratar con un tercero por el beneficio o ventaja que se le ofrece. Con esta conducta el empleado infiel no solo puede causar un perjuicio económico a la entidad del sector privado que administra, representa o dirige, sino que pone en riesgo el correcto y normal funcionamiento del mercado, ya que empresas más eficientes y que realicen mejores ofertas, pero que no estén dispuestas al pago de sobornos se encontrarán en condiciones desventajosas para contratar. Por otra parte, a largo plazo solo las empresas que estén dispuestas a pagar sobornos estarán en condiciones de competir, por lo que las prácticas corruptas se extenderán a otras organizaciones. De ahí que no pueda hablarse de un delito sin bien jurídico, ni menos aún de la penalización de conductas socialmente inofensivas.

Como podrá advertirse, si bien en el ordenamiento jurídico argentino el cohecho entre agentes comerciales no se encuentra penalmente reprimido, en muchos casos la interacción corrupta configurará en el *iter criminis* el paso previo a la consumación del delito de administración infiel (artículo 173 inciso 7) CP) (13). No obstante, la reciente Ley N° 26733 (14) ha introducido por primera vez en el derecho penal argentino la sanción del cohecho en el sector privado, pero limitado a la corrupción en las instituciones financieras. El nuevo artículo 311 del Código Penal, dentro de los delitos contra el orden económico y financiero (Título XIII), establece:

“Serán reprimidos con prisión de uno (1) a seis (6) años e inhabilitación de hasta seis (6) años, los empleados y funcionarios de instituciones financieras y de aquellas que operen en el mercado de valores que directa o indirectamente, y con independencia de los cargos e intereses fijados por la institución, reciban indebidamente dinero o algún otro beneficio económico, como condición para celebrar operaciones crediticias, financieras o bursátiles”

Sin perjuicio de que no se realizará en este trabajo un análisis en profundidad de este tipo delictivo, el nuevo texto legal merece algunas observaciones. En primer lugar, queda de manifiesto que el legislador argentino no ha seguido la técnica legislativa receptada en la Convención de Naciones Unidas o en el Código Penal Español, consistente en establecer un tipo penal de carácter general, comprensivo de las conductas corruptas en el intercambio económico, financiero y comercial, sino que ha tipificado solamente la corrupción en el campo de la actividad financiera y del mercado de valores. Por otra parte, el legislador argentino

(13) Mientras en el cohecho comercial el administrador de intereses ajenos acepta un beneficio a cambio de la promesa de favorecer a un tercero, en el delito de administración infiel el sujeto activo ha realizado la conducta comprometida produciendo un perjuicio patrimonial al titular de estos intereses. En este sentido, el cohecho comercial representaría un adelantamiento de la punición respecto del delito de administración infiel. Sin embargo, los bienes jurídicos afectados por ambas conductas son diferentes, la libre competencia comercial en el caso del cohecho privado y el patrimonio del titular en la administración infiel. En consecuencia, lejos de producirse un supuesto de concurso aparente por subsidiariedad, ambas conductas concurrirían en forma real (artículo 55 CP).

(14) B.O. 27/12/2011.

solo ha tipificado el cohecho financiero pasivo, en consecuencia la conducta de quien ofrece o promete dinero o algún otro beneficio económico como condición para celebrar operaciones crediticias, financieras o bursátiles, resultaría *a priori* atípica (15). Asimismo, y tal como fuera planteado en el debate legislativo (16), a

(15) El legislador ha creado un tipo autónomo, apartándose así del régimen del cohecho administrativo, donde el cohecho pasivo supone necesariamente el delito de cohecho activo (*codelincuencia necesaria*). Durante el debate legislativo en la Cámara de Diputados se planteó la necesidad de castigar también a quien entrega o promete el dinero: “Señor presidente: con la presente redacción, el que entrega el dinero o lo ofrece no es penado. El cohecho reconoce dos caras: el que ofrece y el que recibe, el que pide y el que da. Entonces, de ninguna manera este artículo podría titularse así. Mi propuesta es que el verbo “reciba” sea reemplazado por “solicite”. Y como segundo párrafo se agregue que en el caso que esa solicitud se concrete tenga una diferente pena a aquella que está fijada como represión básica en el primer renglón de este tipo. De otro modo, no sería cohecho sino una simple recepción. El corruptor, el dador o el que ofrece el dinero no sería perseguido.” Intervención del Diputado Martínez. *Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados de la Nación. Sesión del 15 de diciembre de 2011*. Disponible en <http://www1.hcdn.gov.ar/sesionesxml/provisorias/129-13.htm>. Consultado el 20/03/2012. Desde la perspectiva que aquí se sostiene la omisión del legislador es cuestionable. Como puede observarse la pena de prisión para el cohecho financiero pasivo (artículo 311 CP) es exactamente la misma que para el cohecho administrativo pasivo (artículo 256 CP), esto es uno a seis años de prisión. En consecuencia, si el legislador ha considerado tan grave la conducta de recibir sobornos por parte de los funcionarios y empleados de instituciones financieras como la misma conducta del funcionario público, no se entiende la razón de valorar de manera distinta la conducta de ofrecer o prometer sobornos.

No obstante, si bien resulta clara la intención del legislador de no criminalizar el cohecho financiero activo, y la adopción de una interpretación exegética conducirá indefectiblemente a la atipicidad del ofrecimiento de soborno, la aplicación de las reglas de participación criminal llevará a considerar al cohechador como partícipe necesario del delito de cohecho financiero pasivo. La cuestión de si debe prevalecer una interpretación sistemática del Código Penal por sobre la voluntad histórica del legislador, constituye un punto de partida “extra-legal”, una decisión del intérprete previa a la ley penal, lo cual llevará en este caso a soluciones antagónicas según la perspectiva que se adopte. Véase BACIGALUPO, E., *Delito y Punibilidad*, Hammurabi, 2º edición ampliada, Buenos Aires, 1999, p. 41.

(16) “Señor presidente: la redacción de este tipo penal, tal como ha quedado plasmado, se aparta de lo que es habitual en materia de regulación del cohecho, porque no se hace referencia a la conducta indebida a la cual estaría atado el pago que se realiza.

La redacción abarca conductas que no necesariamente son indebidas o que, por lo menos, podrían ser de escasa significación. Aquel empleado de una entidad financiera que reciba indebidamente dinero como condición para celebrar una operación crediticia –o sea, aquel que pretende cobrar una comisión adicional al que va a realizar una operación crediticia- caería en la tipicidad que se está a punto de aprobar.

Nuestra propuesta es la de redactar este tipo penal de modo que se incrimine aquella conducta prevista en la formulación tradicional o en las convenciones internacionales en cuanto a la aceptación de cualquier tipo de promesa, favor o ventaja. Habría que aclarar que se trataría de un acto indebido; es decir, para hacer o retardar algo relativo a la función. Además, por lo menos, debería preverse un monto de perjuicio o beneficio, que proponemos que sea de 500.000 pesos. De lo contrario, cualquier empleado caería dentro de esta previsión. No nos parece mal que se incrimine el cohecho privado. De hecho, debería introducirse con una formulación mucho más amplia, siguiendo los lineamientos de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción. En ese aspecto, la previsión se queda corta porque se refiere solamente a los mercados de valores, cuando debería contemplar también a funcionarios de empresas en cualquier tipo de negociación.” Intervención del Diputado Garrido. *Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados de la Nación. Sesión del 15 de*

diferencia de lo establecido por la Convención de Naciones Unidas contra la corrupción y el Código Penal Español (17), no se requiere para la configuración del tipo que el sujeto activo prometa una conducta en violación a los deberes a su cargo. No obstante, para que la conducta del sujeto activo quede atrapada por el tipo penal, no bastará con demostrar que se ha recibido dinero o algún tipo de beneficio económico, sino que deberá acreditarse además que ello ha sido el motivo (“como condición”) para celebrar una operación crediticia, financiera o bursátil (18).

En síntesis, y de acuerdo a la perspectiva teórica que ha orientado este capítulo, la corrupción debe ser concebida no como un injusto genuino sino como un medio particular de afectación de distintos bienes jurídicos. En consecuencia, constituye una decisión de política criminal establecer en qué supuestos se halla justificada su represión penal. Así entendida, la corrupción se erige en un fenómeno que atraviesa todo el campo socio-económico y no sólo el ámbito de la administración pública (19).

diciembre de 2011. Disponible en <http://www1.hcdn.gov.ar/sesionesxml/provisorias/129-13.htm>. Consultado el 20/03/2012. Si bien es correcta la afirmación del diputado de que tradicionalmente se exige para el cohecho privado la promesa de una conducta indebida del empleado o administrador de la entidad privada, esto no debe confundirse con la exigencia de un perjuicio concreto. En todos los casos de tipificación penal del cohecho en el derecho comparado y en las convenciones internacionales, tanto el cohecho público como el privado, se trata siempre de un delito de peligro abstracto y de pura actividad.

(17) La disposición de la Convención de Naciones Unidas exige que el autor del cohecho pasivo acepte o solicite el soborno “con el fin de que, faltando al deber inherente a sus funciones, actúe o se abstenga de actuar”. El Código Penal Español alude al “incumpliendo sus obligaciones en la adquisición o venta de mercancías o en la contratación de servicios profesionales”. También el Código Penal Alemán refiere a preferir a otro “de manera desleal” en la contratación.

(18) En este sentido debe interpretarse la expresión del legislador “con independencia de los cargos e intereses fijados por la institución”. De manera tal que aún cuando la conducta del sujeto activo no se realice en violación a los deberes a su cargo y la operación se encuentre dentro de las condiciones fijadas por la institución, la mera recepción de una comisión adicional no quedará comprendida en el tipo, sino que la misma debe ser la razón o el motivo que determine al sujeto activo a celebrar la operación.

(19) Se podrían imaginar innumerables ejemplos de agresiones a bienes jurídicos por medio de conductas corruptas. Piénsese en el caso del delegado gremial que acepta recibir una ventaja o beneficio del empleador o representante de una entidad patronal, con el fin de desarticular una protesta de los trabajadores a quienes representa o convencer a los mismos de aceptar cierta medida perjudicial a sus intereses. La conducta del sindicalista cumple todos los requisitos de la definición de corrupción sostenida por Kindhäuser: intercambio irregular de prestaciones, especial posición de deber en favor de otro por parte del receptor e incompatibilidad de intereses entre la ventaja obtenida y la posición de deber. Aquí la corrupción afecta como bien jurídico a la debida representación a que tienen derecho los trabajadores (artículo 14 bis C.N.) en su relación con el empleador. No obstante, y a pesar de los innumerables casos de corrupción de sindicalistas en nuestro país, para el legislador argentino el cohecho sindical no constituye una conducta penalmente relevante.

III. Algunas consideraciones de política criminal en torno a la persecución penal de la corrupción

La persecución penal de la corrupción presenta varios obstáculos. En primer lugar porque la mayoría de las veces los agentes involucrados ostentan un importante caudal de poder. De ahí que sea sumamente infrecuente que el aparato de justicia logre el esclarecimiento y castigo de los responsables por hechos de corrupción, salvo cuando los actores han sufrido una importante pérdida de su posición de poder (criminalización por retiro de cobertura) (20).

En segundo lugar, los hechos de corrupción y particularmente el cohecho, consisten en un acuerdo oculto o pacto venal que trae beneficios para ambas partes, por lo que ninguno de los intervinientes tiene *a priori* interés en denunciar el intercambio corrupto a las autoridades.

En consecuencia, estas particularidades de la corrupción (intervención de agentes poderosos, ocultación y reparto de beneficios) refuerzan la *certeza de impunidad* característica del fenómeno, lo cual lleva a prácticamente todos los autores al señalamiento de la ineficiencia de la criminalización secundaria en la materia, producto de la alta cifra negra y el ínfimo porcentaje de casos esclarecidos respecto de las investigaciones iniciadas (21).

A los fines de alcanzar efectos disuasivos reales es necesario tanto establecer las sanciones adecuadas, como lograr un alto grado de probabilidad en el descubrimiento de las conductas corruptas. Partimos de la concepción que entiende que una respuesta eficiente del aparato de justicia penal puede contribuir a lograr un mayor nivel de conformidad a las normas. Esto implica reconocerle funciones positivas a la respuesta punitiva estatal, como mecanismo de control social y disuasión de conductas desviadas (*prevención general negativa*). En efecto, y particularmente en un ámbito como el de los delitos de cohecho pasivo y activo, donde la conducta prohibida consiste en un intercambio de prestaciones, en un contrato, la hipótesis de la racionalidad de los agentes (*homo economicus*) es sumamente plausible (22). De ahí que el establecimiento de un aparato judicial eficiente signifique para los agentes un alto grado de probabilidad de sufrir una condena y por

(20) ZAFFARONI, R. - ALIAGA, A. - SLOKAR, A. *Derecho Penal. Parte General*, Ediar, 2º Edición, Buenos Aires, 2005, p. 11.

(21) RÚA, G. "Cohecho y Tráfico de influencias", en BAIGÚN, D - ZAFFARONI, R. (Directores), *Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, Hammurabi, 1º ed., Vol. 10, Buenos Aires, 2011, p. 537; BARBUTO, A. "Delitos de corrupción, sistema penal y prácticas sociales. Consolidación de la institucionalidad colonial en la argentina actual", *IX Congreso Nacional de Sociología Jurídica*, Rosario, 2008, disponible en http://www.sasju.org.ar/encuentros/ix/sasju2008/comision_03/barbuto_03.pdf. Consultado el 09/10/2011, p. 7; BISCAY, P. Op. Cit., p. 5.

(22) Si bien el desarrollo del análisis económico del delito y de la pena es relativamente reciente, su génesis se remonta a Beccaria: "Para que una pena consiga su efecto basta con que el mal de la pena exceda al bien que nace del delito; y en ese exceso de mal debe calcularse la infalibilidad de la pena y la posible pérdida del bien que el delito produciría". BECCARIA, C. *De los delitos y de las penas*, Ediciones Libertador, Buenos Aires, 2005, p. 56.

ende un incremento del costo del delito, lo cual se traduce desde esta perspectiva en una importante herramienta disuasiva (23).

Ahora bien para alcanzar estos objetivos se hace necesario dotar a los organismos encargados de la investigación de herramientas que le permitan obtener evidencia en estos casos, lo cual se dificulta porque la mayoría de las veces el pacto de corrupción sólo es conocido por los participantes, y difícilmente la prueba pueda provenir de otra fuente. En primer lugar, es menester establecer incentivos para que algunos de los participantes informen el hecho a las autoridades. Un ejemplo lo encontramos en el artículo 426 del Código Penal español, el cual dispone:

“Quedará exento de pena por el delito de cohecho el particular que, habiendo accedido ocasionalmente a la solicitud de dádiva u otra retribución realizada por autoridad o funcionario público, denunciare el hecho a la autoridad que tenga el deber de proceder a su averiguación antes de la apertura del procedimiento, siempre que no haya transcurrido más de dos meses desde la fecha de los hechos”.

Esta norma del Código Penal español establece una excusa absolutoria para el particular que denunciare el delito de cohecho en el que hubiera intervenido, fundada en razones de política criminal. No queda claro lo que ha pretendido decir el legislador español con la expresión “ocasionalmente”. Podría aludir a quien no tuviera antecedentes en la comisión del delito de cohecho activo. De todas formas, el término es sumamente desafortunado por su vaguedad y podría reemplazarse por la expresión *quien hubiera accedido por primera vez a la solicitud de dádiva*. Asimismo, de la lectura de la norma se desprende que para que la acción del particular quede comprendida en la excusa absolutoria, la oferta debe partir del funcionario público (“solicitud de dádiva realizada por autoridad o funcionario público”). Si el pacto venal se originara en la iniciativa del particular, su *arrepentimiento* posterior no tendrá efecto alguno en la exclusión de la punibilidad.

La institución no es extraña al ordenamiento jurídico penal argentino, dado que el Código Penal contiene una disposición similar para el delito de traición a la patria (24). La utilización de excusas absolutorias para el particular que denuncia el delito, especialmente si tienen una limitación temporal como el Código Penal español, puede ser muy útil cuando se trata de delitos en los que han intervenidos muchos sujetos, dado que todos los partícipes se preocuparán de que los otros puedan informar los hechos de corrupción a las autoridades como una manera de evitar el castigo penal.

(23) Afirmar que una respuesta eficiente del aparato de justicia penal puede producir efectos disuasivos reales respecto de los hechos de corrupción, además de ser una hipótesis teórica que deberá corroborarse por estudios empíricos, no implica reconocerle esos mismos efectos frente a cualquier clase de desviación, ni postular la racionalidad instrumental de los agentes en todas las circunstancias, ni legitimar cualquier intervención punitiva.

(24) El artículo 217 del Código Penal dispone: *“Quedará exento de pena el que revelare la conspiración a la autoridad, antes de haberse comenzado el procedimiento”.*

Asimismo sería conveniente durante el transcurso del proceso concederle la potestad al órgano jurisdiccional de reducir o eximir de pena al acusado que aportar información importante para el esclarecimiento de los hechos y sanción de los responsables. Es lo que se conoce como la figura del arrepentido, la cual ya se encuentra prevista en nuestro sistema jurídico para las infracciones a la ley de estupefacientes (25).

Este tipo de medidas pueden contribuir al esclarecimiento de los delitos de cohecho, fundamentalmente cuando la promesa o la entrega de dinero o dádiva han sido realizadas por el particular a cambio de una conducta lícita del funcionario (cohecho impropio). En efecto, si el autor del delito de cohecho activo ha pagado un soborno a un funcionario público a cambio de una prestación a la cual tiene derecho, es probable que en este caso perciba el contrato como perjudicial para sus intereses y tenga mayores incentivos para denunciar el hecho delictivo (26).

Cuando el particular ha prometido o entregado dinero o dádivas a cambio de una conducta ilícita del funcionario público (cohecho propio), la cuestión se presenta más difícil. Es factible que los sobornadores participen también en otras actividades ilegales, y en consecuencia, difícilmente estén dispuestos a presentar pruebas que puedan incriminarlos en otros delitos (27). Sin embargo, no habría que descartar en estos supuestos la concesión de facultades al órgano acusador para negociar disminuciones o exenciones de pena respecto de otros delitos en los que haya intervenido el imputado, a cambio de información que pueda esclarecer el hecho de corrupción, sobre todo si la misma es útil para desbaratar estructuras burocráticas altamente corruptas (28). Como podrá advertirse la aplicación de las

(25) El artículo 29 ter de la ley 23737 establece que: *“A la persona incurso en cualquiera de los delitos previstos en la presente ley y en el artículo 866 del Código Aduanero, el tribunal podrá reducirle las penas hasta la mitad del mínimo y del máximo o eximirlo de ellas, cuando durante la sustanciación del proceso o con anterioridad a su iniciación: a) Revelare la identidad de coautores, partícipes o encubridores de los hechos investigados o de otros conexos, proporcionando datos suficientes que permitan el procesamiento de los sindicados o un significativo progreso de la investigación. b) Aportare información que permita secuestrar sustancias, materias primas precursores químicos, medios de transporte, valores, bienes, dinero o cualquier otro activo de importancia, provenientes de los delitos previstos en esta ley.*

A los fines de la exención de pena se valorará especialmente la información que permita desbaratar una organización dedicada a la producción, comercialización o tráfico de estupefacientes.

La reducción o eximición de pena no procederá respecto de la pena de inhabilitación”.

(26) ROSE-ACKERMAN, S. “The law and Economics of Bribery and Extortion”, *Annu. Rev. Law. Soc. Sci.*, Volume 6, 2010, pp. 217-238, p. 227, disponible en <http://www.annualreviews.org/eprint/Ua4nMAMNdeCRSikgDXp9/full/10.1146/annurev-lawsocsci-102209-152942>. Consultado el 06/09/2011.

(27) ROSE-ACKERMAN, S. *Op. Cit.*, p. 228.

(28) Podría sostenerse que es injusto y contrario a la igualdad ante la ley conceder impunidad a un sujeto que ha participado en varios delitos con el fin de lograr una condena a un funcionario corrupto. Sin embargo, se sostiene aquí que frente a ciertos fenómenos de corrupción de suma gravedad la medida se justifica. En efecto cuando existen estructuras del Estado con altos niveles de corrupción vinculadas al funcionamiento de negocios ilegales y el crimen organizado, la prioridad fundamental

propuestas mencionadas requerirá necesariamente una serie de reformas legislativas tendientes a flexibilizar la indisponibilidad de la acción penal (principio de legalidad).

Es que con frecuencia la obtención de las pruebas necesarias para la acreditación de hechos de corrupción de funcionarios públicos puede resultar inalcanzable si no se cuenta con el testimonio del particular cohechante, con lo cual el ordenamiento jurídico argentino presenta serias deficiencias en esta materia y deja a los fiscales carentes de herramientas adecuadas para avanzar en la investigación de la corrupción.

También debe tenerse en cuenta que denunciar hechos de corrupción puede traerle graves consecuencias al denunciante. Como explica Rose Ackerman (29), para evitar que el temor a ser sancionado por sus superiores o a sufrir otro tipo de sanciones informales disuada a las personas de presentar denuncias, deben implementarse normas de protección a los denunciantes. Pueden servir de ejemplo las dos leyes vigentes en Estados Unidos sobre esta materia. En primer lugar la denominada “Ley de Denuncias Falsas”, la cual establece una serie de recompensas económicas para los particulares que denuncien irregularidades en los contratos del Estado con empresas. Dicha recompensa consistirá en un porcentaje del monto total de las sanciones e indemnizaciones que se impongan a la empresa por los perjuicios causados al Estado. Asimismo, la norma protege a los denunciantes de las posibles represalias de sus empleadores (30). En segundo lugar, la “Ley de Protección de Denunciantes-Confidentes” protege a los denunciantes al interior de las agencias estatales, aunque no prevé recompensas económicas (31). Esta clase de medidas pueden ser útiles para contrarrestar la formación de una cultura corporativa tanto en las empresas como en el Estado, tendiente a silenciar los

de la política criminal debe ser el saneamiento de la burocracia estatal. El éxito de determinadas empresas criminales depende fundamentalmente de la certeza de impunidad, mercancía que solo pueden ofrecer ciertas agencias estatales. En consecuencia, lograr bajos niveles de corrupción estatal facilitará a largo plazo mejores resultados en la persecución penal de la delincuencia organizada.

No se ignora que estas consideraciones fundadas en razones de eficiencia pueden entrar en colisión con perspectivas fundadas en el valor de la justicia. No obstante, siguiendo a Fix Fierro se sostiene que existe una *relación circular* entre ambos valores, un reenvío recíproco entre uno y otro, y que así como la eficiencia económica es un componente de la justicia y la legitimidad institucional, la justicia es un componente de la eficiencia económica. Para profundizar en esta problemática, que excede este trabajo, véase FIX FIERRO, H. *Tribunales, Justicia y eficiencia. Estudio sociojurídico sobre la racionalidad económica de la función judicial*, Universidad Nacional Autónoma de México, 1ª Edición, México, 2006, p. 104, disponible en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=1948>. Consultado el 17/09/2011.

(29) ROSE-ACKERMAN, S. *La corrupción y los gobiernos. Causas, consecuencias y reforma*, Siglo Veintiuno Editores, Madrid, 2001, p. 80.

(30) Una propuesta alternativa podría consistir en establecer algún tipo de indemnización agravada para los casos de trabajadores despedidos por denunciar hechos de corrupción de las empresas, como prevé la ley laboral argentina para despidos por causa de matrimonio, maternidad o en casos de empleo no registrado.

(31) Véase ROSE-ACKERMAN, S. *Op. Cit.*, Siglo Veintiuno Editores, Madrid, 2001, p. 80.

hechos de corrupción y encubrir a sus autores; ya que el riesgo de que exista un informante interno capaz de aportar pruebas relevantes sobre el delito puede ser un importante incentivo para desalentar prácticas corruptas al interior de la organización (32).

Asimismo, dado que el titular del bien jurídico afectado por el delito de cohecho es la Administración Pública, es probable que el Estado no demuestre interés ni voluntad de promover procesos penales que difundan a la opinión pública la corrupción política y administrativa existente en su interior. Por lo tanto, es importante dotar de legitimación activa a Organizaciones No Gubernamentales (ONG) que tengan por objeto la lucha contra la corrupción para constituirse en querellantes particulares en dichos procesos.

En la provincia de Córdoba, la ley N° 9122 en su artículo 4 otorgaba legitimidad para actuar como querellantes particulares en los procesos penales por delitos del fuero penal económico y anticorrupción administrativa (33) al afectado, al Defensor del Pueblo y a las ONG que tuvieran como objeto la lucha contra la corrupción. Posteriormente, la ley N° 9199 eliminó la legitimación del afectado y de las ONG para actuar como querellantes. No obstante, el Tribunal Superior de Justicia ha entendido que la legitimación activa de las ONG para actuar como querellantes particulares en procesos relativos a delitos contra la administración pública, emerge de la normativa constitucional y de los tratados internacionales en la materia. Principalmente con argumentos de políticas públicas el máximo tribunal provincial sostuvo que debe aplicarse analógicamente a la figura del querellante particular, la legitimación activa de las ONG para interponer la acción de amparo colectivo (artículo 43 2° párrafo CN) (34). Sin embargo, dicha interpretación extensiva resulta de dudosa legitimidad, no sólo por las diferencias sustanciales existentes entre el proceso penal y la acción de amparo, sino por la violación de garantías constitucionales que supone la aplicación analógica de normas en perjuicio del imputado. En consecuencia, sería aconsejable una reforma legislativa

(32) Sutherland mostró la importancia que adquiriría en el delincuente de cuello blanco el respeto por el *código de los negocios*. En este tipo de desviación social, el individuo generalmente no pierde prestigio social por violar la ley, sino por el contrario al traicionar a sus socios comerciales. Véase SUTHERLAND, E. *Op. Cit.*, p. 336.

(33) Los delitos de cohecho activo y pasivo se encuentran comprendidos dentro de la competencia del fuero penal económico y anticorrupción administrativa (artículo 54 Ley 9199).

(34) “La tésis propuesta no sólo se asienta en buenos criterios de política criminal sino en una interpretación sistemática, que posibilita, por un lado, trasvasar la directriz constitucional que surge de las disposiciones relacionadas con la legitimación de los intereses de pertenencia colectiva en la acción de amparo de las organizaciones no gubernamentales, que tienen como fin la defensa de esos derechos (CN, 43). Por el otro, efectivizar uno de los fines tenidos en cuenta en la Convención Interamericana contra la Corrupción (aprobada por Ley 24759) —y que como todo tratado internacional tiene jerarquía superior a las leyes (art. 75 inc. 22 CN)—, al referir en su Preámbulo a la necesidad de fortalecer la participación de la sociedad civil en la prevención y lucha contra la corrupción”. TSJ Cba, Sala Penal, “Bonfigli, Mario Alberto y otros p.ss.aa. conclusión —Recurso de Casación—” (Expte. “B”, 25/06), mayo 17-2007, disponible en http://www.justiciacordoba.gov.ar/justiciacordoba/paginas/servicios_fallosrecientes_textocompleto.aspx?id=2758. Consultado el 20/11/2011.

que facultara expresamente a las ONG abocadas a la lucha contra la corrupción a actuar como querellantes particulares en el proceso penal (35).

Las distintas sanciones que dispongan las normas penales son un aspecto importante a los fines de la disuasión de los hechos de corrupción. El Código Penal argentino establece penas de prisión de uno a seis años e inhabilitación especial perpetua, tanto para el autor del delito de cohecho pasivo como para el del cohecho activo. A diferencia de otros ordenamientos jurídicos el legislador no ha previsto especialmente para este delito la pena de multa, sin embargo el tribunal podrá imponerla hasta el monto de noventa mil pesos en virtud del artículo 22 bis del Código Penal, si se hubiere demostrado el ánimo de lucro en los autores (36).

La imposición de multa a los funcionarios y particulares corruptos puede ser una medida disuasiva eficaz, siempre y cuando el monto de la misma esté vinculado a los beneficios obtenidos en ambos lados de la transacción corrupta (37). Para el autor del delito de cohecho activo, la dádiva o dinero entregado o prometido al funcionario público representa en la mayoría de los casos un costo necesario a los fines de obtener un beneficio mayor. En consecuencia la multa a imponer debe calcularse en proporción al beneficio obtenido y no en relación al monto del soborno.

Asimismo, debería utilizarse la pena de inhabilitación especial cuando el autor del delito del cohecho activo sea una persona jurídica. En efecto, como sostiene

(35) El artículo 7 del Código de Procedimiento Penal de la provincia de Córdoba faculta al “ofendido penalmente por un delito de acción pública, sus herederos forzosos, representantes legales o mandatarios” a constituirse en querellantes particulares en el proceso. A los fines de establecer quien ostenta el título de “ofendido penalmente por el delito” la Cámara de Acusación de la provincia ha propuesto algunos parámetros (CAC Cba, “Denuncia formulada por Carranza María Rosa c/ Héctor Tizeira del Campillo” (D-32/05), agosto 28-2007). En primer lugar deben distinguirse entre los delitos de ofensa simple y los delitos de ofensa compleja. En los primeros solo el titular del bien jurídico que el legislador ha pretendido proteger puede erigirse en querellante; mientras que en los delitos de ofensa compleja pueden existir también otros bienes jurídicos afectados. Ahora bien, no basta con que el bien jurídico secundario sea afectado por la acción del sujeto activo del delito, sino que dicho bien debe estar penalmente protegido y resultar agredido dentro del tipo (antes de la consumación). Sólo bajo estas condiciones (titularidad de un bien jurídico penalmente protegido y afectado antes de la consumación del tipo) el titular del bien jurídico secundario puede constituirse en querellante particular. Por consiguiente, de acuerdo a los criterios esbozados por la Cámara de Acusación de Córdoba sólo la Administración Pública podría actuar como querellante particular en un proceso penal por cohecho, ya que la eventual afectación de otro bien jurídico protegido penalmente, solo podría producirse después de la consumación del delito (vgr.: si alguien resultara perjudicado en su propiedad por la decisión que un funcionario público hubiera tomado a raíz de un soborno, no podría actuar como querellante ya que el cumplimiento de lo prometido por el funcionario constituye un acto de agotamiento penalmente irrelevante).

(36) El artículo 22 bis dispone: “Si el hecho ha sido cometido con ánimo de lucro, podrá agregarse a la pena privativa de libertad una multa, aun cuando no esté especialmente prevista o lo esté solo en forma alternativa con aquélla. Cuando no esté prevista, la multa no podrá exceder de noventa mil pesos”.

(37) ROSE-ACKERMAN, S. *Op. Cit.*, p. 223.

Rose-Ackerman (38), conjuntamente con la pena de multa podría imponerse la inhabilitación a las empresas para contratar con el Estado y participar de licitaciones públicas por un período determinado de tiempo (39).

Particular atención en este aspecto merece la nueva normativa de la República de Chile relativa a la responsabilidad penal de las personas jurídicas. La ley 20393 sancionada en el año 2009, dispone la responsabilidad penal de las personas jurídicas, de forma autónoma e independiente de la responsabilidad de los directivos de la organización, limitada a los delitos de financiamiento del terrorismo, lavado de activos y cohecho a funcionarios públicos nacionales y extranjeros (artículo 1). Para que opere la responsabilidad penal de la persona jurídica se requiere acreditar el incumplimiento de los deberes de dirección y supervisión, de lo contrario solo podrá responsabilizarse a las personas físicas que hubieren incurrido en el delito. Dichos deberes se consideran cumplidos cuando el ente colectivo con anterioridad a la comisión del delito: “hubiere adoptado e implementado modelos de organización, administración y supervisión para prevenir delitos como el cometido (...)” (artículo 3).

El modelo de prevención de delitos al que se hace referencia se encuentra determinado detalladamente en la propia ley e incluye entre otras medidas la designación de un encargado de prevención con autonomía respecto de la Administración de la persona jurídica (40). El encargado de prevención junto con la Administración de la entidad establecerán el sistema de prevención, el cual deberá incluir mínimamente la identificación de las actividades o procesos donde se generen mayores riesgos de comisión de ilícitos, protocolos y reglas de actuación para las personas que desempeñen sus labores en tales actividades y un sistema de sanciones internas y de responsabilidades pecuniarias para quienes incumplan las normas de procedimiento. Entre las sanciones penales a aplicar a la persona jurídica se prevé entre otras la prohibición temporal o perpetua de celebrar actos y contratos con los organismos del Estado, multa, pérdida de beneficios fiscales y disolución (artículo 8).

(38) ROSE-ACKERMAN, S. *Op. Cit.*, p. 224.

(39) Esta sanción puede ser muy grave, impedir temporalmente a las empresas condenadas por corrupción la contratación con el Estado conlleva la pérdida de importantes negocios. Más allá de las distintas posiciones dogmáticas en torno a la posibilidad de responsabilidad penal de las personas jurídicas, que no desarrollaremos en este trabajo, la reciente ley sobre lavado de activos (N° 26683. B.O. 21/06/2011) ha introducido importantes modificaciones en este punto. Así el artículo 304 establece: “Cuando los hechos delictivos previstos en el artículo precedente hubieren sido realizados en nombre, o con la intervención, o en beneficio de una persona de existencia ideal, se impondrán a la entidad las siguientes sanciones conjunta o alternativamente (...). c) Suspensión para participar en concursos o licitaciones estatales de obras o servicios públicos o en cualquier otra actividad vinculada con el Estado, que en ningún caso podrá exceder de diez (10) años”. Por primera vez se instaura la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el texto del Código Penal, aunque limitada a los “Delitos contra el orden económico y financiero” (Título XIII del Código Penal).

(40) Para un análisis de la normativa chilena véase SZCZARANSKI CERDA, C. *Un asunto criminal contemporáneo. Rol de las empresas, responsabilidad penal de las personas jurídicas y corrupción*, Editorial Jurídica de Chile, 2011, disponible en <http://doctrina.vlex.cl/source/5938>. Consultado el 23/11/2011.

La previsión de un sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas es un presupuesto ineludible para el logro de una persecución penal eficiente de la corrupción. Es que las empresas devienen actores centrales tanto en los hechos de corrupción, como en el proceso de lavados de activos producto de dichas ilicitudes. En este sentido el modelo chileno de responsabilidad penal ofrece mayores facilidades para la persecución de este tipo de criminalidad y a su vez, la imposición de un programa de fiscalización y control del riesgo puede traducirse en una mayor eficacia preventiva (41).

En síntesis, para que las sanciones produzcan efectos disuasivos reales deben implementarse medidas de política criminal adecuadas que permitan un alto grado de detección de transacciones corruptas. Efectivamente, el costo que evaluará el potencial infractor no dependerá principalmente del monto de la pena, sino de la posibilidad de ser efectivamente sancionado, o más precisamente de la percepción de la probabilidad de ser sancionado (42). En este sentido, tan importantes como las sanciones previstas en la ley penal, son los incentivos necesarios para obtener la evidencia que permita el esclarecimiento de los hechos de corrupción, recurso que se encuentra totalmente ausente en el ordenamiento jurídico argentino. Utilizando una expresión de Rose Ackerman se requiere tanto los palos como las zanahorias adecuadas (*sticks and carrots*).

IV. Conclusiones

A lo largo de este trabajo se ha pretendido demostrar que la legislación argentina presenta severas deficiencias en materia de política criminal de la corrupción. No existen incentivos para facilitar la recolección de evidencias en delitos que presentan suma complejidad y operan en ámbitos de reserva, ya que no se ha previsto ni la

(41) Asimismo la determinación de responsabilidad de la persona jurídica por la ausencia de una política empresarial adecuada de prevención y control de riesgos (*management* deficiente del riesgo) permite dejar a salvo el principio constitucional de culpabilidad. La culpabilidad de la empresa consistiría en no haber evitado el ilícito producto del riesgo de su propia actividad, teniendo la posibilidad de mantener una política empresarial destinada a reducir el riesgo delictivo. Evidentemente esta definición supone que el dominio del riesgo empresarial no depende de decisiones individuales, sino de la coordinación de las estructuras y funciones de la organización.

Distinta opinión merece la normativa argentina sobre responsabilidad penal de las personas jurídicas por delitos contra el orden económico y financiero, que nada ha previsto sobre la culpabilidad del ente y parece más bien orientada a un sistema de responsabilidad objetiva. Para un análisis de los distintos modelos teóricos de responsabilidad penal de las personas jurídicas puede verse ORCE, G. - TROVATO, G. *Delitos Tributarios. Estudio analítico del régimen penal de la ley 24.769*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008, p. 202 y ss.

(42) Como explica Bermejo lo que resulta relevante como mecanismo de disuasión es fundamentalmente la percepción subjetiva de la probabilidad, más que la probabilidad real de detección, dado que es frecuente que las personas cometan errores en el cálculo de los costos y beneficios del delito. Véase BERMEJO, M. *Prevención y Castigo del blanqueo de capitales. Una aproximación desde el análisis económico del derecho*, Tesis Doctoral, Universitat Pompeu Fabra, 2009, p. 65, disponible en <http://www.tdx.cat/handle/10803/7318;jsessionid=FCC5F88F259F7F9CBEC95E990B78E944.tdx2>. Consultado el 07/08/2011.

figura del arrepentido, ni tampoco normas de protección y recompensa a testigos de hechos de corrupción. Con esto se ha privado de herramientas fundamentales a los organismos encargados de la investigación penal. Tampoco se ha previsto la responsabilidad penal de las personas jurídicas, cuando devienen actores centrales en los hechos de corrupción. A su vez, no se ha dispuesto la utilización de sanciones patrimoniales vinculadas a los beneficios de las transacciones corruptas.

Como ha podido advertirse, subyace a este trabajo la hipótesis de la posibilidad de reorientar los esfuerzos del denominado “sistema penal” hacia la criminalización de la delincuencia de cuello blanco. El fracaso de las agencias del sistema penal para alcanzar resultados satisfactorios en la lucha contra la corrupción no responde a una suerte de mano maléfica que ordenaría no perseguir a los agentes poderosos del orden social, sino a profundas carencias del sistema normativo, entre otros factores relevantes (43).

La República Argentina ha suscripto importantes tratados internacionales en materia de lucha contra la corrupción (44), sin embargo, las prácticas institucionales no han acompañado este desarrollo normativo. Es prácticamente unánime el juicio sobre la ineficiencia del aparato de justicia penal y los paupérrimos resultados de la criminalización secundaria. Este divorcio entre las aspiraciones plasmadas en las normas y las prácticas institucionales produce profundas heridas en orden a la legitimidad de los gobiernos democráticos y a la confianza de la ciudadanía en sus autoridades.

El compromiso con una política criminal eficiente en la lucha contra la corrupción, asumida por el Estado argentino en la propia Constitución Nacional (45) y a través de la suscripción de los tratados internacionales en la materia, exige cuanto antes una profunda revisión del sistema normativo.

V. Bibliografía

BACIGALUPO, E., *Delito y Punibilidad*, Hammurabi, 2º edición ampliada, Buenos Aires, 1999.

BARBUTO, A. “Delitos de corrupción, sistema penal y prácticas sociales. Consolidación de la institucionalidad colonial en la argentina actual”, *IX Congreso Nacional de*

(43) De ninguna manera se sostiene aquí que las deficiencias normativas sean la única ni la principal causa de esos resultados. Por el contrario, contar con un Poder Judicial independiente de factores políticos y económicos, y dotado de los recursos financieros, humanos y tecnológicos necesarios, constituye el presupuesto básico de toda política criminal contra la corrupción.

(44) Además de la ya citada Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción, la Convención Interamericana contra la Corrupción, ratificada por ley 24759 (B.O. 17/01/1997), y la Convención sobre la Lucha contra el Cohecho de Funcionarios Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales, ratificada por ley 25119 (B.O. 7/09/2000).

(45) El artículo 36 de la ley suprema, fruto de la reforma constitucional de 1994, en su 5º párrafo dispone que: “Atentará asimismo contra el sistema democrático quien incurriere en grave delito doloso contra el Estado que conlleve enriquecimiento, quedando inhabilitado por el tiempo que las leyes determinen para ocupar cargos o empleos públicos”.

Sociología Jurídica, Rosario, 2008, disponible en http://www.sasju.org.ar/encuentros/ix/sasju2008/comision_03/barbutto_03.pdf. Consultado el 09/10/2011.

BECCARIA, C. *De los delitos y de las penas*, Ediciones Libertador, Buenos Aires, 2005.

BERMEJO, M. *Prevención y Castigo del blanqueo de capitales. Una aproximación desde el análisis económico del derecho*, Tesis Doctoral, Universitat Pompeu Fabra, 2009, disponible en <http://www.tdx.cat/handle/10803/7318;jsessionid=FCC5F88F259F7F9CBEC95E990B78E944.tdx2>. Consultado el 07/08/2011.

BISCAY, P. "La Justicia Penal y el control de los delitos económicos y de corrupción", en *Sistemas Judiciales*, N° 11, Buenos Aires, 2006, disponible en <http://www.sistemasjudiciales.org/content/jud/archivos/notaarchivo/377.pdf>. Consultado el 05/10/2011.

CLEMENTE, J. - RÍOS, C. *Cohecho y Tráfico de Influencias*, Lerner editora, Córdoba, 2011.

FIX FIERRO, H. *Tribunales, Justicia y eficiencia. Estudio sociojurídico sobre la racionalidad económica de la función judicial*, Universidad Nacional Autónoma de México, 1° Edición, México, 2006, disponible en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=1948>. Consultado 17/09/2011.

KINDHÄUSER, U. "Presupuestos de la corrupción punible en el Estado, la economía y la sociedad. Los delitos de corrupción en el Código penal alemán", Traducción de Percy García Cavero, en *Política Criminal. Revista Electrónica Semestral de Políticas Públicas en Materias Penales*, n° 3, 2007, Universidad de Talca, Chile, disponible en http://www.politicacriminal.cl/n_03/a_1_3.pdf. Consultado el 12/08/2011.

NINO, C. *Un país al margen de la ley*, 1° edición, Ariel, Buenos Aires, 2005.

ORCE, G. - TROVATO, G. *Delitos Tributarios. Estudio analítico del régimen penal de la ley 24.769*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008.

ROSE-ACKERMAN, S. *La corrupción y los gobiernos. Causas, consecuencias y reforma*, Siglo Veintiuno Editores, Madrid, 2001.

ROSE-ACKERMAN, S. "The law and Economics of Bribery and Extortion", *Annu. Rev. Law. Soc. Sci.*, Volume 6, 2010, pp. 217-238, disponible en <http://www.annualreviews.org/eprint/Ua4nMAMNdeCRSikgDXp9/full/10.1146/annurev-lawsocsci-102209-152942>. Consultado el 06/09/2011.

RÚA, G. "Cohecho y Tráfico de influencias", en BAIGÚN, D - ZAFFARONI, R. (Directores), *Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, Hammurabi, 1° ed., Vol. 10, Buenos Aires, 2011.

SUTHERLAND, E. *Delitos de cuello blanco*, Editorial B de f., Buenos Aires, 2009.

SZCZARANSKI CERDA, C. *Un asunto criminal contemporáneo. Rol de las empresas, responsabilidad penal de las personas jurídicas y corrupción*, Editorial Jurídica de Chile, 2011, disponible en <http://doctrina.vlex.cl/source/5938>. Consultado el 23/11/2011.

ZAFFARONI, R. - ALIAGA, A. - SLOKAR, A. *Derecho Penal. Parte General*, Ediar, 2° Edición, Buenos Aires, 2005.