

El delito de lavado de activos de origen ilícito: análisis de cuestiones problemáticas que giran en torno al delito

Castellucci, Mariano Jesús

Resumen: en el presente trabajo he tratado ciertos tópicos del delito de lavado de activos que han generado un debate tanto en la doctrina nacional como en la doctrina internacional. Abordo la cuestión del bien jurídico protegido, la acción típica del delito, el aspecto subjetivo, la actividad ilícita previa, la cuestión de la escala penal en la regulación legal argentina y la problemática en torno a la percepción de honorarios maculados por los abogados defensores.

En pos de cumplir con los objetivos propuestos, analizo la regulación legal local del delito en cuestión y el marco normativo en el derecho comparado. Del mismo modo, hago un repaso las diversas opiniones doctrinarias en torno a dichas problemáticas. Asimismo, examino jurisprudencia local e internacional. Finalmente, amén de la toma de posición en cada cuestión propuesta, propongo de “*lege ferenda*” una modificación a la regulación legal del tipo penal en nuestra legislación.

1. Introducción

El lavado de activos es un fenómeno delictual utilizado por las organizaciones criminales –principalmente– para el disfrute de las ganancias obtenidas ilícitamente. Hoy día, dicho fenómeno ha adquirido una dimensión transnacional, afectando en mayor o menor medida, a la mayoría de los países que integran este mundo globalizado. En la actualidad, existe una tendencia mundial en incriminar este nuevo método de delincuencia, pues daña el orden socioeconómico financiero de los estados.

Este interés ha provocado, por un lado, la sanción de leyes –por parte de los países preocupados con el fenómeno– tendiente a prevenir, investigar y sancionar el blanqueo de activos ilícitos y, por otro lado, la adopción de iniciativas a nivel internacional con la finalidad de armonizar las diferentes legislaciones de los países.

Esta tendencia hacia la criminalización del fenómeno, se ha visto reflejada en nuestro país. Así y como consecuencia de la Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas¹ de 1988, se sanciona la ley 23.737 (B.O 11/10/1989) y en su artículo 25 se tipificó el delito de lavado de activos provenientes del tráfico ilícito de estupefacientes². Luego y a raíz de ciertas críticas a la

¹ Conocida como la Convención de Viena de 1988.

² Como acertadamente expresa BUOMPADRE, el delito de lavado de dinero, no es un fenómeno nuevo en el derecho penal argentino, pues incluso antes de la sanción de la ley 23.737 nuestra legislación previó, como formas de encubrimiento, el denominado favorecimiento real en el art.

normativa vigente por entonces³ y de una serie de objeciones y requerimientos de adecuación por parte del GAFI (Grupo de Acción Financiera Internacional) –en el marco de evaluaciones que trae aparejada la pertenencia a dicho organismo– se sanciona la ley 25.246 (B.O 10/05/2000)⁴. Finalmente –en esta evolución normativa– y a raíz de nuevos cuestionamientos que efectuó el GAFI a la regulación normativa vigente (ley 25.246⁵), se sanciona la ley 26.683 la que –en nuestra opinión– avanza en algunas cuestiones con respecto a la normativa modificada, pero retrocedió en otras. Con la sanción de la ley 26.683 el delito de lavado de activos ha quedado tipificado en el artículo 303 del Código Penal Argentino.

El delito de lavado de activos y la regulación legal actual ha generado un interesante debate sobre ciertos tópicos, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia nacional. Abordare en lo siguiente algunos de ellos.

2. El Bien jurídico protegido en el delito de Lavado de activos

2.1. ¿Delito uniofensivo o pluriofensivo?

Las discusiones en torno al bien jurídico protegido por el delito de lavado de activos giran alrededor de establecer si el delito afecta un solo bien jurídico o si por el contrario se trata de un delito que perturba más de un bien jurídico.

Previo a ingresar en el análisis de las distintas posturas, no puedo soslayar y dejar de mencionar que hay autores que descartan la existencia de un bien jurídico a proteger en el delito de lavado de activos y proponen –en consecuencia– su legalización y promoción. Uno de los mayores exponentes al respecto, es sin dudas el profesor español Miguel BAJO FERNANDEZ, quien sostiene al respecto que al “blanqueo no hay que obstaculizarlo ni impedirlo, lo que hay que hacer es conducirlo. Se trata de una actividad que en sí misma carece de valoración negativa, que ciertamente tiene un enorme valor probatorio de la existencia de otros delitos previamente cometidos...el blanqueo de dinero es, por tanto, una actividad absolutamente irrelevante desde el punto de vista jurídico penal, salvo lo que tiene de valor indiciario de la comisión de un hecho delictivo”⁶. En la doctrina nacional, TROVATO comparte la opinión del prestigioso profesor español⁷.

277 inc. 2° y la receptación en el inciso 3° del citado artículo, ambas figuras comprensivas de comportamientos típicos de lavado de activos.

³ El problema que exhibía la regulación normativa era que solo castigaba el lavado de activos provenientes del narcotráfico.

⁴ Esta norma tuvo aspectos muy positivos tales como la ampliación del catálogo de delitos de los cuales podrían provenir las ganancias, extendiéndolos a cualquier delito que pudiera arrojar una ganancia económica.

⁵ La crítica giraba en torno a la prohibición de castigar al autoblanqueo y a la ausencia de responsabilidad penal de las personas jurídicas. La reforma de la ley 26.683 tipificó el autoblanqueo (al eliminar la expresión “delito en el que no hubiera participado”) y contempló un régimen de responsabilidad para cuando el delito ha sido cometido en nombre, con la intervención o en beneficio de una personas jurídica (art. 304 el CP).

⁶ BAJO FERNÁNDEZ, Miguel. “Derecho penal económico: Desarrollo económico, protección penal y cuestiones político-criminales” en: AA.VV., Hacia un derecho penal económico europeo.

En una posición intermedia, entre su impunidad y su castigo, se encuentra CAPARROS quien distingue entre dinero sucio (dirty money), es decir aquel que procede de actividades criminales– y dinero negro (black Money), proveniente de delitos fiscales. Para el mencionado autor, solo resulta político-criminalmente razonable castigar el blanqueo de capitales cuando se trata de dinero o bienes sucios (proveniente de actividades ilícitas), en cambio cuando el objeto del blanqueo es dinero negro (originada en delitos tributarios) “no debe castigarse..., sino encauzarlo e incluso promoverlo”⁸.

Empero, la mayoría de la doctrina tanto nacional como extranjera es partidaria en castigar el delito de lavado de activos provenientes de actividades ilícitas. Y dentro de universo de autores, las opiniones acerca de cuál es el bien jurídico protegido son de las más variadas. Analizaré las distintas posiciones.

a) Es un delito uniofensivo:

Algunos autores sostienen que el delito de lavado de activos solo protege un bien jurídico y por tanto es un delito uniofensivo. Dentro de esta perspectiva no hallamos consenso acerca de cuál sería ese bien jurídico protegido por el delito. Para algunos, el bien jurídico afectado es “*el bien jurídico lesionado por el delito previo*”. De acuerdo a esta visión, el delito precedente se encuentra íntimamente interconectado con el subsiguiente delito de lavado de activos. Por esta razón el proceso de lavado de activos no es más que un acto continuo y derivado del delito precedente. Entre los autores que comparten este punto de vista hallamos a SILVA SANCHEZ⁹.

Jornadas en honor del Profesor Klaus Tiedemann, Madrid, Boletín Oficial del Estado, 1995, pág. 75. SUAREZ GONZALEZ coincide al respecto con la posición de BAJO FERNANDEZ al exponer que el delito de blanqueo de capitales “merece valoración positiva, pues al aflorar e introducirse en los circuitos económicos legalmente establecidos esos flujos monetarios van a estar sujetos a los mismo controles y obligaciones impositivas de índole tributario que los capitales de procedencia lícita. En este sentido, el dinero lavado pasa a convertirse en dinero controlado” (cfr. SUAREZ GONZALEZ, Carlos J. “Blanqueo de capitales y merecimiento de pena: consideraciones críticas a la luz de la legislación española”, Cuadernos de Política Criminal N° 58 (1996), pág. 142. Disponible en <http://www.cervantesvirtual.com/obra/blanqueo-de-capitales-y-merecimiento-de-pena-consideraciones-critica-a-la-luz-de-la-legislacin-espaola-0/>)

⁷ TROVATO, Gustavo F. “La conducta prohibida en el delito de blanqueo de capitales y la imputación penal de las personas jurídicas por lavado” en Revista de Derecho Penal Procesal Penal, Ed. Abeledo Perrot, octubre 2014, pág. 2114.

⁸ CAPARROS, Fabián E. “El Delito de Blanqueo de Capitales”. Ed. Colex, Madrid, 1998, pág. 57-58. En idéntico sentido se pronuncia Mateo BERMEJO quien al respecto expresa que “...si la conducta evasora de los deberes fiscales ha causado un daño social (a la hacienda pública) es cierto que crear incentivos para que dicho capital vuelva a integrarse a la economía legal es una suerte de reparación del daño causado... Pero, por el contrario, esta política no puede seguirse respecto de la riqueza sucia” (cfr. BERMEJO, Mateo G. “Prevención y Castigo del Blanqueo de Capitales. Una Aproximación desde el Análisis Económico del Derecho”. Tesis Doctoral, Universidad Pompeu Fabra, 2009, director de la tesis Dr. Jesús-María Silva Sánchez, pág. 229. Disponible en <http://www.tdx.cat/handle/10803/7318>). Del mismo modo se expresan VIRGOLINI y SILVESTRONI al decir que “si un sujeto deja de pagar impuestos a las ganancias por un millón de pesos con el que luego compra un departamento, afecta el patrimonio estatal cuando evade y lo beneficia cuando lo blanquea, porque esa operación posterior debe tributar. El estado no se perjudica por la conducta posterior sino todo lo contrario” (cfr. VIRGOLINI, Julio y SILVESTRONI, Mariano. “Derecho penal tributario”. Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2017, pág. 260).

⁹ SILVA SANCHEZ, Jesús María. “La receptación específica. El artículo 546 bis (f) del Código Penal Español”. Ed. Edersa, Madrid, 1990, pág. 481.

Otros autores pregonan la idea de que el bien jurídico protegido es “*la administración de justicia*”. Así, sostienen que el delito de lavado es más un proceso de camuflaje que tiende a ocultar el origen criminal de los bienes, transformándolos en otro activo que aparezca como proveniente de una fuente legal o actividad lícita. Este proceso afecta a los órganos jurisdiccionales en torno a sus funciones de investigación, enjuiciamiento y castigo del delito precedente –impide la identificación de los autores y obstaculiza la recolección de elementos de prueba– y frustra la confiscación y decomiso de los bienes, productos derivados de las actividades delictivas. BACIGALUPO¹⁰ y PALMA HERRERA¹¹ son autores que comparten esta posición. En la doctrina nacional adhiere a esta posición TROVATO¹². Cabe agregar, asimismo, que este era el criterio adoptado por el Código Penal Argentino, durante la vigencia de la ley 25.246, en tanto el lavado de activos era concebido como una forma agravada de encubrimiento (art. 278). A más, la propia C.S.J.N expresó durante la vigencia de aquella ley que “*El lavado de activos de origen delictivo ha sido legislado como una forma especial de encubrimiento y no con carácter autónomo, y fue incorporado dentro de los delitos contra la administración pública y, más específicamente, en los que entorpecen la acción de la justicia...*”¹³. Es cierto que, desde la “*escisión del lavado de activos del capítulo de encubrimiento*”¹⁴ y su configuración como delito autónomo, esta postura ha perdido seguidores y fundamentos para sostenerla.

Otra postura es aquella que concibe que el bien jurídico perturbado por el delito de lavado es el “*orden socioeconómico*”. Esta es la opinión dominante de la doctrina en España¹⁵. Sin embargo, la misma doctrina critica la amplitud del bien jurídico, pues “*el concepto “orden socioeconómico” no sirve para designar, un bien jurídico directamente protegido en sentido técnico*”¹⁶ siendo, en rigor “*un objetivo político criminal el cual aglomera una multiplicidad de intereses del orden socioeconómico, los cuales pueden verse afectados por diversos delitos distintos al blanqueo*”¹⁷. En este sentido, los autores

¹⁰ BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. “Estudio comparativo del Derecho Penal de los Estados miembros de la UE sobre represión del reciclaje o blanqueo de dinero ilícitamente obtenido”, en “Curso de Derecho penal económico”. Ed. Marcial Pons, Madrid, 1998, pág. 199.

¹¹ PALMA HERRERA, José Manuel. “Los delitos de Blanqueo de Capitales”. Ed. Edersa, Madrid, 2000, pág. 284. Este autor sin embargo reconoce que en ciertas ocasiones que puede afectar el orden económico, en particular el tráfico lícito de bienes.

¹² TROVATO, Gustavo F., comentario al artículo 303 del Código Penal, en BAIGUN, David y ZAFFARONI Eugenio Raúl. “Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial”, tomo XII. Ed. Hammurabi, Buenos Aires 2017, pág. 575.

¹³ CSJN; Fallos 326:4530

¹⁴ FALCONE, Roberto A y SIMAZ, Alexis L. “El nuevo tipo penal de lavado de activos en el Código Penal argentino. Agravantes y atenuantes” en RIQUERT Marcelo (Dirección) “Insolvencias punibles y delitos contra el orden económico y financiero”. Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2017, pág. 191.

¹⁵ Fundamentan su opinión en la ubicación sistemática del delito de blanqueo de capitales en el Título XIII del Código Penal, denominado “Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico”.

¹⁶ MARTINEZ-BUJAN PEREZ, Carlos. “Derecho Penal Económico”. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pág. 323.

¹⁷ ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos. “El delito de blanqueo de capitales”. Ed. Marcial Pons, Madrid, 2000, pág. 84.

delimitan el bien jurídico protegido. Así, algunos opinan que el bien jurídico protegido en concreto es “*la licitud de los bienes en el tráfico financiero y económico legal*”¹⁸. Otros en cambio, circunscriben la afectación a la “*solidez y estabilidad del sistema financiero*”¹⁹. Hay otros que consideran que el bien jurídico especialmente protegido sería la “*libre competencia*”²⁰. Dentro de la doctrina nacional, quienes suscriben que el delito de lavado de activos afecta el orden socioeconómico encontramos a VIRGOLINI y SILVETRONI para quienes el delito de lavado de activos perturba “*el interés el estado en controlar el flujo de capitales*”²¹ y a MORELLO quien sostiene que el orden socioeconómico se ve afectado en un sentido amplio²².

Finalmente, otros doctrinarios sostienen que, como delito uniofensivo, protege al “*orden económico y financiero*”. Al respecto TAZZA sustenta su postura expresando que este nuevo bien jurídico “atiende a la regularidad del funcionamiento del mercado económico y financiero del Estado en tanto ciertas conductas pueden llegar a afectarlo,

¹⁸ Miguel A. SOUTO señala que el bien jurídico protegido “lo constituye el interés de la comunidad en preservar la licitud de los bienes que son objeto de circulación mercantil” (cfr. SOUTO, Miguel A. “El delito de blanqueo de capitales en el Código penal español”. Ed. Bosch, Barcelona, 2005, págs. 75-76). En el mismo sentido DEL CARPIO DELGADO (cfr. DEL CARPIO DELGADO, Juana. “El delito de blanqueo de bienes en el nuevo Código penal”. Ed. Tiranto Lo Blanch, Madrid, 1997, págs. 81-82) y MARTINEZ-BUJAN PEREZ (cfr. MARTINEZ-BUJAN PEREZ, Carlos, ob. citada, pág. 323):

¹⁹ Posición esta a la que adhiere BLANCO CORDERO (cfr. BLANCO CORDERO, Isidoro. “El delito de blanqueo de capitales”, 4ta edición. Ed. Thomson Reuters – Aranzadi, Pamplona, 2015, págs. 326/331). El reconocido autor explica que “El empleo de entidades de créditos e instituciones financieras para la liquidación de los negocios ilegales produce cierta desconfianza del público en su modo de funcionamiento”. En nuestra doctrina es partidario de esta visión Raúl PLEE quien afirma que “el uso de las entidades financieras para la liquidación de negocios ilegales genera desconfianza en el público. Por otra parte, el aumento indiscriminado del movimiento de fondos ilícitos puede afectar a la moneda y la tasa de interés vigente” (cfr. PLEE, Raúl O. “El lavado de dinero: un fenómeno transnacional de política criminal contemporánea” en YACOBUCCI, Guillermo (Director) “Derecho Penal Empresario”. Ed. BdeF, Montevideo – Buenos Aires, 2010, pág. 435 y 448).

²⁰ ARANGUEZ SANCHEZ profiere que el delito de blanqueo de capitales constituye “un duro golpe a la competencia leal” puesto que el lavado de capitales pone en riesgo la libre competencia sobre la que se basa el sistema de economía de libre mercado y, con ello, el orden socioeconómico mismo (cfr. ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos., ob. citada, pág. 97). En idéntico sentido RODRIGUEZ VILLAR y BERMEJO quienes expresan que “quienes obtienen recursos ilegales participan en la economía con enormes ventajas sobre los otros competidores ya que los costos de esos recursos son marcadamente menores en comparación con los obtenidos legalmente. Finalmente RODRIGUEZ VILLAR y BERMEJO expresan que “dos son las reglas de juego en peligro por la introducción de bienes provenientes: por un lado la libre competencia y por otro, la estabilidad, solidez y confiabilidad del sistema financiero (cfr. RODRIGUEZ VILLAR, Pacífico y BERMEJO Mateo Germán. “Prevención del lavado de dinero en el sector financiero”. Ed. Ad-hoc, Buenos Aires, 2001, pág. 85/86) y RIQUERT (cfr. RIQUERT Marcelo. “Algo más sobre el lavado de activos y la evasión fiscal como posible delito previo” en RIQUERT Marcelo –Dirección- “Insolvencias punibles y delitos contra el orden económico y financiero”. Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2017, pág. 244).

²¹ Los autores entiende que el bien jurídico afectado por el lavado de activos es el interés del estado en controlar el flujo de capitales, pues “el comportamiento típico no es más que una fuga del control estatal” (cfr. VIRGOLINI, Julio y SILVETRONI, Mariano. ob. citada, pág. 262).

²² Para MORELLO el delito de lavado de activos afecta al orden socio-económico en un sentido amplio, lesionando entre ellos la estabilidad y credibilidad del sistema financiero, el balance comercial, las cifras macroeconómicas y el diseño de políticas fiscales, la libre competencia y la fijación de precios (cfr. MORELLO, Agustín. “Lavado de activos en turismo y casinos: vulnerabilidades. Matriz tripartita de riesgos, jurisdiccional, subjetivo y objetivo. Mecanismos legales de persecución. Fuentes de acreditación”. Ed. Fabián J Di Placido Editor, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2015, pág. 137).

alterando, de ese modo, el libre juego del mercado de capitales interno o provocando un desequilibrio en el marco de las regulaciones que el gobierno haya impuesto²³. En análogo sentido de pronuncian D'ALBORA²⁴ y PONCE²⁵.

b) Delito pluriofensivo:

Otros autores, en cambio, opinan que el delito de lavado de activos de origen ilícito protege más de un bien jurídico y lo piensan como un delito pluriofensivo. De la misma manera, vamos a encontrar diversas opiniones doctrinarias. Veamos:

Para CORDOBA los bienes jurídicos protegidos serían tres: *“el bien jurídico del delito precedente, la administración de justicia y el orden económico y financiero”*. Refiere el autor que *“es un delito...que profundiza la lesión del bien jurídico del delito precedente, lesiona la administración de justicia y según la postura adoptada ahora por la ley 26.683, también el orden económico financiero”*²⁶. Para otros autores, los bienes jurídicos protegidos por el delito de lavado de dinero serían el *“orden económico y financiero y la administración de justicia”*. Al respecto, BLANCO CORDERO señala que *“el bien jurídico predominantemente protegido es la Administración de justicia”*, puesto que se encubre el origen ilícito de los bienes objeto de blanqueo y en *“forma subsidiaria o mediata se puede decir que protege el orden económico”*²⁷ en tanto esto ocurre únicamente cuando se inyectan grandes cantidades de dinero²⁸. Otros partidarios de esta posición son ROBOLLO VARGAS²⁹, FALCONE y SIMAZ³⁰, CREUS y BUOMPADRE³¹, ABOSO³², CESANO³³ y FONTAN BALESTRA³⁴.

²³ TAZZA, Alejandro. *“Código Penal de la Nación Argentina comentado: parte especial”*. Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2018, pág. 563.

²⁴ Quien expone que *“ya no puede hablarse de salud pública o de la administración de justicia sino, en puridad, del orden socioeconómico”*, (cfr. D'ALBORA, Francisco J (h). *“Lavado de dinero”*, 2da edición. Ed. Ad-hoc, Buenos Aires, 2011, pág. 18).

²⁵ PONCE de manera concluyente expresa que *“El bien jurídico comprende la planificación y regulación jurídica del intervencionismo estatal en la economía, así como también el adecuado desenvolvimiento de la producción, distribución y consumo de bienes y servicios, ya sean estos de carácter público, privado o mixto”* (cfr. PONCE, Juan Cruz. *“El delito de lavado de activos”*. Ed. Ad-hoc, Buenos Aires, 2014, pág. 97/103).

²⁶ CORDOBA, Fernando J. *“Delito de lavado de dinero”*. Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2015, pág. 65.

²⁷ Este autor visualiza en concreto, dentro del orden económico y financiero, dos bienes jurídicos afectados. Por un lado la *“libre competencia”* pues *“la economía de mercado se basa en la confianza en el principio de libre competencia”* es decir *“cuando se garantiza que también los competidores se atienen a las mismas reglas. Este equilibrio se altera cuando el competidor dispone de un inagotable capital de origen delictivo”* y por otro lado, subsidiariamente, la *“estabilidad y solidez del sistema financiero”* en tanto *“el empleo de entidades de crédito e instituciones financieras para la liquidación de los negocios ilegales produce cierta desconfianza del público en su modo de funcionamiento”* (cfr. BLANCO CORDERO, Isidoro, ob. citada, págs. 292, 320 y ss.).

²⁸ Ya que en la opinión del autor solo cuando se ponen en circulación grandes cantidades de dinero se pone en peligro o se lesiona del orden económico.

²⁹ Quien expresa que *“nos encontramos ante un delito de carácter pluriofensivo, donde además de su indudable naturaleza socioeconómica...se ha de tomar en consideración la administración de justicia”* (cfr. ROBOLLO VARGAS, Rafael. *“Controversias sobre algunos elementos del delito de lavado de activos de origen delictivo. La ley 26.683 y el art. 301.1 del Código Penal Argentino”* en RIQUERT Marcelo (Dirección) *“Insolvencias punibles y delitos contra el orden económico y financiero”*. Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2017, pág. 169/170).

Para DURRIEU FIGUEROA, los bienes jurídicos a preservar serían “*el valor social protegido por el delito previo*” pues el delito “permite a los delincuentes ahorrar, usar e invertir los activos ya reciclados para el financiamiento de más actividades delictivas y así continuar lesionando el interés público protegido por el delito previo”; “*la administración de justicia*” ya que “los delincuentes y las empresas dedicadas al crimen organizado podrían utilizar las operaciones de lavado de activos para evitar ser detectados y enjuiciados” y “*el orden socio-económico y justa competencia*” puesto que “las ganancias derivadas de la comisión de delitos se obtienen a un costo económico mucho menor que el de los activos obtenidos legalmente” implicando un daño a la competencia libre y por otro lado “permite a los delincuentes ahorrar, disfrutar, consumir, reinvertir los fondos de origen delictivo en la economía formal con total impunidad” dañándose de esta manera al sistema socioeconómico³⁵.

Finalmente ZARAGOZA AGUADO entiende que los bienes jurídicos afectados por el delito en trato son el “*orden socioeconómico y el sistema democrático*”. Expresa este autor que “el blanqueo de capitales cuestiona no solo los cimientos del orden socioeconómico, sino incluso, por la importancia que la estabilidad económica tiene en el orden social y político, la propia esencia del sistema democrático”³⁶.

³⁰ Para estos autores el lavado de activos “es un delito pluriofensivo que afecta mediatamente la administración de justicia y en ciertos casos la libertad de competencia...” (cfr. FALCONE, Roberto A y SIMAZ, Alexis L, ob. citada, pág. 192).

³¹ Para quienes se afecta por un lado la administración de justicia “por la intencionalidad de ocultamiento de la real procedencia de los bienes y con ellos de la perpetración de los ilícitos que los han producido” y también el orden económico y financiero pues “las organización ilícitas terminan desplazando las estructuras lícitas, desestabilizando el comercio y las finanzas” (cfr. CREUS, Carlos W – BUOMPADRE, Jorge E. “Derecho Penal: parte especial”, 7ma edición, tomo II. Ed. Astrea, Buenos Aires, 2013, pág. 390).

³² Expone ABOSO que “la conducta de legitimación de activos de origen ilícito no solo produce una alteración del orden económico y financiero nacional..., sino también afecta al servicio de justicia respecto de la represión de delitos...” (cfr. ABOSO, Gustavo E. “Código Penal de la República Argentina. Comentado, concordado. Con jurisprudencia” 4ta edición. Ed. BdeF, Montevideo – Buenos Aires, 2017, págs. 1493/1494).

³³ Para este autor el bien jurídico protegido es junto a la administración de justicia, la transparencia del sistema financiero y en particular del mercado de valores (cfr. CESANO, José Daniel. “El bien jurídico protegido en los delitos contra el orden económico: una aproximación a su determinación desde la perspectiva constitucional y legal (Leyes 26.683, 26.733 y 26.734) en Revista de Derecho Penal. Derecho Penal Económico, 2015-2. Ed. Rubinzal Culzoni, págs. 22/29).

³⁴ FONTAN BALESTRA, Carlos – LEDESMA, Guillermo A. C. “Tratado de Derecho Penal, Parte Especial”, tomo IV. Ed. La Ley, Buenos Aires, 2013, pág. 606.

³⁵ DURRIEU FIGUEROA, Roberto. “La ganancia económica del delito. Lavado de dinero, decomiso y financiamiento del crimen organizado y del terrorismo”. Ed. Marcial Pons, Buenos Aires, 2017, págs. 254/256. En un trabajo bibliográfico anterior también identificaba como bien jurídico afectado por el lavado de activos al “sistema democrático de las naciones” (cfr. DURRIEU, Roberto. “EL bien jurídico protegido en el delito de lavado de dinero”, pág. 28. Disponible en <http://www.colabogados.org.ar/larevista/pdfs/id13/el-bien-juridico-protegido-en-el-delito-lavado-de-dinero.pdf>)

³⁶ ZARAGOZA AGUADO, Javier A. “Aspectos sustantivos del blanqueo de bienes de origen criminal”, págs. 240/241. Disponible en http://www.cicad.oas.org/lavado_activos/pubs/Combate_Lavado_3ed.pdf

2.2. Criterio adoptado por el Código Penal Argentino

Durante la vigencia del artículo 278 y como consecuencia de la ubicación sistemática que el legislador le dio al delito en trato, incluyéndolo en el Título XI "Delitos contra la Administración Pública", Capítulo XIII denominado "Encubrimiento y Lavado de Activos de origen delictivo" se consideró al delito de lavado de activos como una forma agravada del delito de encubrimiento, razón por la cual el bien jurídico protegido era la "Administración de justicia".

La ley 26.683 modificó sustancialmente el régimen legal. Se incorporó al Código Penal el título XIII denominado "Delitos contra el orden económico y financiero" y se reguló la figura del lavado de activos en el artículo 303. La nueva ubicación sistemática elegida por el legislador pone en claro que el bien jurídico protegido ha pasado a ser el "Orden económico y financiero".

2.3. Toma de posición

La finalidad del autor de un delito que ha generado ganancias, es poder complacerse de los provechos obtenidos: el autor persigue disfrutar del "botín". De nada le serviría a los delincuentes u a las organizaciones criminales cometer delitos si las ganancias que se originan a través de la comisión de ellos, las tuvieran que ocultar y mantenerlas inmovilizadas.

Para disfrutar del provecho económico de un hecho delictivo, tal como afirma BERMEJO, el autor tiene que "transformar el poder de adquisición potencial que tiene el capital de origen delictivo en poder de adquisición efectivo"³⁷, esto es poder utilizarlos en la adquisición de bienes y servicios. Para convertir ese poder de adquisición potencial en poder de adquisición efectivo, los infractores precisan incorporar los bienes en la economía formal. De allí que el lavado de activos se caracteriza por ser un proceso de integración, de los activos de procedencia ilícita, al sistema económico legal.

Pero dicha integración, inevitablemente, tiene que ir acompañada de un proceso de ocultación del origen delictivo, pues de lo contrario, los bienes eventualmente serían decomisados por la autoridad judicial y, en su caso, aprovechados como prueba del delito del que cual proceden. En razón de esto el lavado de activos es, además, un mecanismo de enmascaramiento, "un proceso de ocultación de bienes de origen delictivo..."³⁸.

El autor del delito de lavado, persigue encubrir el origen ilícito de los bienes –a fin de su puesta en circulación– recurriendo a tal fin, a operaciones con aptitud de proporcionar una traza de licitud a los mismos.

³⁷ BERMEJO, Mateo G. "Prevención y Castigo del Blanqueo de Capitales...", tesis citada, pág. 147.

³⁸ Cámara Federal de Córdoba, Sala B. "Legajo de Apelación de RODRIGO, Eduardo Daniel y Otros en autos: "RODRIGO, Eduardo Daniel y otros por/Asociación Ilícita, Defraudación por retención indebida y Defraudación por desbaratamiento", Causa Nro. FCB 5650/2014/74/CA35, sentencia del 11/12/2017.

En conclusión, el lavado de activos es una maniobra que, por un lado, implica incorporar los activos obtenidos ilícitamente al mercado legal –a fin de poder disfrutarlos–, pero por el otro, y para no ser descubierto por las autoridades judiciales, será necesario que la integración de los bienes al sistema económico legal lo sea con una apariencia de haber sido generados a través de fuentes lícitas, disimulando por tanto la procedencia delictiva de los bienes. Lo que persigue el autor del delito es “mostrar al mundo que su dinero ha sido lícitamente obtenido y utilizar libremente y en su beneficio ese dinero mal habido”³⁹.

En lo personal, opino que estamos en presencia de un delito pluriofensivo que afecta tanto al orden económico y financiero⁴⁰ como a la administración de justicia.

El delito exige que los activos provenientes de actividades ilícitas ingresen al mercado formal, es decir sean puestos en circulación. Es precisamente, con la integración de esos bienes ilícitos a la economía formal lo que perturba al orden económico y financiero de un país, afectando por un lado la libre competencia –orden económico–, al alterar perjudicialmente el sistema de precios en el mercado, puesto que el costo de recursos ilícitos es notablemente inferior en comparación con los obtenidos legalmente⁴¹ y por otro lado conmoviendo el tipo de cambio, la tasa de intereses y la reputación de las entidades financieras –orden financiero–. Ciertamente también es que, la cantidad de dinero o bienes ingresados en la economía formal tienen que tener cierta envergadura o importancia para afectar el orden económico y financiero de un país. Desde mi óptica, las operaciones bagatelares o de escaso monto de ningún modo pueden perturbar el bien jurídico protegido. En otras palabras, lo que se quiere señalar es que **no** cualquier ingreso de activos ilícitos importara ofender el bien jurídico protegido.

Por otro lado, no basta con integrar en el sistema económico formal los activos ilícitos. Para evitar que la autoridad judicial descubra la procedencia criminal de los bienes, la maniobra delictiva busca encubrir el origen ilícito de los activos que luego serán puestos en circulación en el sistema económico legal. Para ello se acude a procesos de “maquillaje” con capacidad de ocultar el origen ilícito de los mismos. Es, con estos comportamientos que se afecta la administración de justicia: al pretender encubrir el origen delictivo de los bienes se oculta la identidad de los autores del delito previo, se obstaculiza la tarea de recolección de elementos probatorios del ilícito precedente y se frustra el decomiso del producto del delito previo. Al respecto, la jurisprudencia con buen

³⁹ TROVATO, Gustavo F. “La conducta prohibida...”, ob. citada, pág. 2117.

⁴⁰ Cuando el monto de las operaciones sea de tamaño significativa. Como afirma TROVATO “no todos los ingresos al sistema económico... son idóneos para atentar contra el bien jurídico protegido” en referencia al orden económico y financiero. (cfr. TROVATO, Gustavo F. “La conducta prohibida...”, ob. citada, pág. 2115).

⁴¹ Quien desarrolla una actividad lícita, como fuente generadora de dinero, debe tributar impuestos, algo que no ocurre cuando el dinero es generado mediante actividades delictivas (en nuestro país se habla de una presión tributaria del orden del 50%). Por otra parte, quien pretende financiar su actividad lícita, debe soportar el costo de la tasa de interés real de un país. Por el contrario este costo es inexistente cuando uno financia su actividad con dinero de procedencia ilícita.

tino ha dicho que “se trata de un delito que tiende a [...] contribuir a la impunidad del primero...”⁴².

3. La acción típica en el delito de lavado de activos

3.1. Las acciones típicas en el artículo 303 del C.P (Ley 26.683)

El artículo 303 establece que “Será reprimido [...] el 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 de que el origen de los bienes originarios o los subrogantes adquieran la apariencia de un origen lícito...”. La disposición normativa enumera las acciones típicas, que en opinión de ABOSO⁴³ es “meramente ejemplificativa”⁴⁴. En lo personal coincido con el citado jurista, pues la frase genérica “...de cualquier otro modo...” deja abierta la posibilidad a extender la aplicación de la norma a supuestos no contemplados en la misma. Tal como refiere D’ALESSIO “se trata de un tipo penal abierto que abarca todas las modalidades de comisión posibles”⁴⁵. Asimismo, “puede ser cometido a través de cualquiera de las acciones típicas, aunque sea una sola de ellas”⁴⁶.

Las conductas típicas enumeradas en el artículo 303 del C.P son *convertir, transferir, administrar, vender, gravar, disimular y poner en circulación*” En la doctrina –en general– hay cierta concordancia con respecto a la significación de cada medio comisivo. La acción típica de “**convertir**” abarca a “conductas de mutación de los bienes, ya sea mediante la adición de nuevos elementos, ya sea mediante su supresión o su transformación sin necesidad de segregar ni incluir nada”⁴⁷. Asimismo “la conversión puede ser de carácter material o inmaterial o ideal”⁴⁸. Engloba comportamientos tales como “cambio, trueque o permuta de bienes en otros de distinta naturaleza”⁴⁹. Cabe

⁴² Cámara Federal de San Martín, Sala I, autos: “Legajo N° 14 - Querellante: UIF Imputado: CORVO DOLCET, Mateo y Otros S/Legajo de Apelación”, Causa Nro. 45/2017/14/CA2, sentencia del 18/04/2018.

⁴³ ABOSO, Gustavo E., ob. citada, pág. 1495.

⁴⁴ En este mismo sentido Juzgado en lo Criminal y Correccional Federal N° 3 de Mar del Plata, autos: “MARISCAL Juan M. y otros s/ Infracción ley 23.737”, causa Nro. FMP32006228/2013, sentencia del 7/10/2016.

⁴⁵ D’ALESSIO, Andrés J. –Director-, “Código Penal de la Nación. Comentado y Anotado”, T° II, Parte Especial. Ed. La Ley, 2009, pág. 1416. En idéntico sentido ABOSO (cfr. ABOSO, Gustavo E. ob. citada, pág. 1496).

⁴⁶ TAZZA, Alejandro, ob. citada, pág. 568.

⁴⁷ BLANCO CORDERO, Isidoro, ob. citada, pág. 554

⁴⁸ BLANCO CORDERO, Isidoro, ob. citada, pág. 555. La modificación será material cuando opere una transformación en el cuerpo de los bienes. El autor español cita como ejemplo la fundición de joyas de oro que proceden de un delito. En cambio la modificación será inmaterial cuando se transforma el dinero físico en una asiento contable mediante su depósito en una cuenta bancaria. Lo mismo ocurriría por ejemplo cuando el autor del delito adquiere bienes mediante dinero efectivo.

⁴⁹ SOUTO, Miguel Abel. “Ocultación de dinero procedente del narcotráfico en una caja de seguridad (comentario a la sentencia del tribunal supremo n° 155, de 19 de febrero)”. Disponible en <http://e-spacio.uned.es/fez/eserv.php?pid=bibliuned:revistaDerechoPenalyCriminologia-2004-13-5090&dslID=Documento.pdf>. En igual sentido TAZZA (cfr. TAZZA, Alejandro, ob. citada, pág. 568), RIQUERT (cfr. RIQUERT, Marcelo., ob. citada, pág. 248.), BUOMPADRE (cfr. BUOMPADRE, Jorge E. “Lavado de Dinero” en CARRERA, Daniel P y VAZQUEZ, Humberto (Directores) “Derecho

agregar finalmente que es una conducta típica prevista en la Convenciones internacionales referidas al delito. La “**transferencia**” importa el “traspaso de los derechos sobre los bienes procedentes de un delito”⁵⁰ “a un tercero (persona física o jurídica) por cualquier título”⁵¹. En este sentido, quedan descartadas aquellas conductas en las que “no se produce un traslado de tales derechos”⁵². La mayoría de la doctrina entiende que además de la transmisión de derechos “la transferencia sugiere [...] su traslado de un lugar a otro”⁵³. SOUTO, por el contrario, considera que “no constituye una conducta típica de transmisión el mero traslado de los bienes de un lugar a otro que no supone un cambio de titularidad”⁵⁴. ORSI, en la doctrina nacional, coincide con la posición de SOUTO al decir que “transferir no debe interpretarse en el mero sentido material de pasar o llevar una cosa de un lugar a otro”⁵⁵. Al igual que la acción típica de convertir, esta conducta se halla también contemplada en los instrumentos internacionales. “**Administrar**”, no es otra cosa que detentar “el manejo del bien o del dinero”⁵⁶. En otras palabras, administra quien posee el “gobierno o dirección pudiendo asimilarse dicha acción a ordenar, disponer, organizar la hacienda o bienes, suministrar, proporcionar o distribuir alguna cosa”⁵⁷. “Es lo que ocurre con el hecho de alquilar, dar en comodato, aparcería, etc., los bienes objeto del delito”⁵⁸. Esta conducta no se encuentra prevista en ningún instrumento internacional relacionado al delito de lavado de activos. El verbo típico de “**vender**” comprende a toda “operación de cesión o transferencia a título oneroso del bien en cuestión”⁵⁹. Con muy buen tino se ha dicho que “la mera promesa de venta no es jurídicamente venta”⁶⁰. En razón de ello, la firma de un boleto de compraventa es una conducta que no está abarcada por este verbo típico. Al igual que la conducta analizada previamente, esta acción típica no ha sido contemplada en las

penal de los negocios”. Ed. Astrea, Buenos Aires, 2004, pág. 277) y ABOSO (cfr. ABOSO, Gustavo E., ob. citada, pág. 1496).

⁵⁰ FALCONE, Roberto A y SIMAZ, Alexis L., ob. citada, pág.194.

⁵¹ TAZZA, Alejandro., ob. citada, pág. 568. En igual sentido FALCONE y SIMAZ (cfr. FALCONE, Roberto A y SIMAZ, Alexis L., ob. citada, pág.194), BUOMPADRE (cfr. BUOMPADRE, Jorge E., “Lavado de...”, ob. citada, pág. 278), RIQUERT (cfr. RIQUERT, Marcelo., ob. citada, pág. 248) y ABOSO (cfr. ABOSO, Gustavo E. ob. citada, pág. 1496).

⁵² BLANCO CORDERO, Isidoro, ob. citada, pág. 561. En sentido análogo FALCONE y SIMAZ (cfr. FALCONE, Roberto A y SIMAZ, Alexis L., ob. citada, pág.194).

⁵³ CREUS, Carlos W – BUOMPADRE, Jorge E., ob. citada, pág. 392.

⁵⁴ SOUTO, Miguel Abel. “El delito de blanqueo...”, ob. citada, pág. 120.

⁵⁵ ORSI, Omar G. “Lavado de dinero de origen delictivo”. Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2007, pág. 566.

⁵⁶ DONNA, Edgardo Alberto. “Derecho Penal. Parte Especial” Tomo III, 2da edición actualizada. Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2012, pág. 608. En igual sentido TAZZA (cfr. TAZZA, Alejandro., ob. citada, pág. 568), FALCONE y SIMAZ (cfr. FALCONE Roberto A y SIMAZ, Alexis L., ob. citada, pág. 194) y ABOSO (cfr. ABOSO, Gustavo E., ob. citada, pág. 1496).

⁵⁷ BUOMPADRE, Jorge E., ob. citada, pág. 278. En idéntico sentido RIQUERT (cfr. RIQUERT, Marcelo., ob. citada, pág. 249).

⁵⁸ FONTAN BALESTRA, Carlos – LEDESMA, Guillermo A. C., ob. citada, pág. 609.

⁵⁹ TAZZA, Alejandro., ob. citada, pág. 568. En igual sentido FALCONE y SIMAZ (cfr. FALCONE, Roberto A y SIMAZ, Alexis L., ob. citada, pág. 194), BUOMPADRE (cfr. BUOMPADRE, Jorge E., ob. citada, pág. 278); RIQUERT (cfr. RIQUERT, Marcelo., ob. citada, pág. 249), ABOSO (cfr. ABOSO, Gustavo E. ob., citada, pág. 1496) y FONTAN BALESTRA y LEDESMA (cfr. FONTAN BALESTRA - Carlos – LEDESMA, Guillermo A. C., ob. citada, pág. 609).

convenciones internacionales. Constituir un “**gravamen**” sobre los bienes, importa afectarlos a “un derecho real o a una modalidad de garantía sobre el mismo bien”⁶¹. Añade PONCE que, a su criterio, la acción típica es comprensiva “no solo de la constitución de prendas e hipotecas, sino también de la imposición de cargas reales”⁶² tales como la anticresis, servidumbre, usos y habitación. Del mismo modo que los verbos “administrar” y “gravar”, la acción típica de constituir un gravamen es una particularidad del tipo penal argentino, pues no se encuentra prevista en los instrumentos internacionales aplicables al delito en trato. Por “**disimular**”, se entiende “cualquier ocultación del empleo de la cosa o bien”⁶³. Este verbo es utilizado por las convenciones internacionales regentes en la materia. Finalmente, la acción típica “**poner en circulación**” implica “ingresar el bien en el mercado formal”⁶⁴. Esta acción típica no registra antecedentes en los convenios internacionales.

En el ámbito de la jurisprudencia nacional también apreciamos cierto consenso en cuanto al significado de los verbos típicos enumerado en el artículo 303 del C.P. “... **convierte** quien transforma, cambia, muda una cosa. La acción supone el cambio de un bien obtenido de la comisión de un delito por otro de naturaleza distinta; **transfiere** quien cede un bien a un tercero a cualquier título. La transferencia de la cosa comprende tanto su transmisión a terceras personas como su traslado de un lugar a otro; **administra** quien tiene el gobierno y la dirección del dinero o de los bienes obtenidos ilícitamente. El giro lingüístico, en este caso, abarca tanto el cuidado como el manejo de estos objetos; **vende** quien transmite a otro un bien a título oneroso; **grava** el bien quien constituye sobre él un derecho real de garantía (por ejemplo, prenda o hipoteca). **Disimula** quien disfraza u oculta algo, para que parezca distinto de lo que es. Por su parte la expresión “**de cualquier otro modo pusiere en circulación**” pretende abarcar todas las modalidades de comisión posibles siendo en este sentido un tipo penal abierto”⁶⁵.

⁶⁰ FALCONE, Roberto A y SIMAZ, Alexis L., ob. citada, pág.194. En igual sentido RIQUERT (cfr. RIQUERT, Marcelo., ob. citada, pág. 249).

⁶¹ TAZZA, Alejandro., ob. citada, pág. 568. En igual sentido FALCONE y SIMAZ (cfr. FALCONE, Roberto A y SIMAZ, Alexis L., ob. citada, pág. 194), BUOMPADRE (cfr. BUOMPADRE, Jorge E., ob. citada, pág. 278), RIQUERT (cfr. RIQUERT, Marcelo., ob. citada, pág. 249) y ABOSO (cfr. ABOSO, Gustavo E. ob. citada, pág. 1496).

⁶² PONCE, Juan Cruz, ob. citada, pág. 71.

⁶³ TAZZA, Alejandro., ob. citada, pág. 568. En igual sentido FALCONE y SIMAZ (cfr. FALCONE, Roberto A y SIMAZ, Alexis L., ob. citada, pág. 194), RIQUERT (cfr. RIQUERT, Marcelo., ob. citada, pág. 249) y ABOSO (cfr. ABOSO, Gustavo E., ob. citada, pág. 1496).

⁶⁴ FONTAN BALESTRA, Carlos – LEDESMA, Guillermo A. C., ob. citada, pág. 609. En igual sentido TAZZA (cfr. TAZZA, Alejandro., ob. citada, pág. 568).

⁶⁵ Cámara Criminal y Correccional Federal de la Capital Federal, Sala I, autos: “FERNANDEZ, Cristina Elisabet y Otros s/ Procesamiento”, causa Nro 3732/2016/49/CA9, sentencia del 30/11/2017. En idéntico Cámara Federal de La Plata, Sala II, autos: “SPECOGNA, Adrián R., GOMEZ Adriana y GOMEZ Liliana s/ Infracción ley 26.364”, causa Nro. 62011258/2011/CA2, sentencia del 22/12/2014; Juzgado en lo Criminal y Correccional Federal N° 3 de Mar del Plata, autos: “MARISCAL Juan M. y otros s/ Infracción ley 23.737”, causa Nro. FMP32006228/2013, sentencia del 7/10/2016; Juzgado en lo Criminal y Correccional Federal de Quilmes, autos: “MEDINA, Juna Pablo y Otros S/ Infracción Art. 303 –Extorsión - Asociación Ilícita y Otros”, causa Nro. 55652/2017, sentencia de 10/12/2017; Juzgado en lo Criminal y Correccional Federal N° 3 de Morón, autos: “CORVO DOLCET, Mateo s/ Infracción Art. 303”, causa Nro. 45/2017, sentencia del 17/10/2017.

3.2. ¿Cualquier conducta sobre activos ilícitos importa lavarlos? Opinión personal.

En lo personal entiendo que la acción típica del delito de lavado de activos –conforme la regulación normativa actual– es la integración (“puesta en circulación”) en el mercado formal o sistema económico legal, de bienes procedentes de actividades ilícitas mediante o a través de un negocio que posea capacidad para otorgarle a dichos activos una apariencia de haber sido adquiridos en forma lícita (“con la consecuencia posible de que el origen de los bienes originarios o los subrogantes adquieran la apariencia de un origen lícito...”).

A tenor de lo expuesto, la respuesta a la pregunta que da inicio a este capítulo merece una respuesta negativa: **no cualquier operación sobre bienes de origen delictivo cae dentro de la configuración típica descrita en el art. 303 del Código Penal**. En nuestra opinión, la conducta típica del delito de lavado de activos exige la reunión conjunta de dos circunstancias a) *es necesario que haya un ingreso los activos al mercado económico legal* y b) *la operación encarada por el autor debe ser idónea para encubrir el origen ilícito del bien*.

3.2.1. La necesidad de ingresar los activos al mercado económico legal

La acción típica del delito de lavado de activos, según el art. 303 del Código Penal, requiere que los bienes cuya procedencia es delictiva, se integren en el mercado formal. La “puesta en circulación en el mercado”, de los bienes, constituye un elemento constitutivo del delito. Para poder introducirlos, es necesario que “los bienes puedan circular libremente, esto es, ingresar al tráfico comercial”⁶⁶. Dicho de otro modo, los bienes “deben ser susceptibles de ser incorporados al tráfico económico”⁶⁷. Por tal razón, con acertado criterio, la jurisprudencia tiene dicho que tanto los billetes falsos como el dinero fuera de circulación no pueden ser objeto del delito en trato, pues los mismos no pueden ser incorporados a la economía formal⁶⁸.

VIRGOLINI y SILVESTRONI, exponen que “el núcleo del tipo penal describe la conducta de poner en circulación bienes provenientes de un delito”⁶⁹. En forma coincidente se expresan FALCONE y SIMAZ: “Lavado implica la incorporación de los activos obtenidos ilícitamente a los mercados económicos legales”⁷⁰. Al respecto, resulta esclarecedor lo expresado por el dictamen de la mayoría en la reforma de la ley 26.683. Allí se expresó que “...De poco le servirán a las organizaciones delictivas las abultadas

⁶⁶ FALCONE, Roberto A y SIMAZ, Alexis L., ob. citada, pág. 208, quienes afirman que “si con las utilidades que genera el delito se adquieren estupefacientes, ello en modo alguno podrá ser conceptuado como tal por estar vedado su ingreso a la economía legal”.

⁶⁷ MARTINEZ-BUJAN PEREZ, Carlos, ob. citada, pág. 325.

⁶⁸ Tribunal Oral Penal Económico N° 2, autos: “ACOSTA AGUILERA Luz Maria y GUZMAN RAMIREZ Francisco S/ contrabando e infracción art. 278 inc. 3 y 277 inc. 3 apartado b del CP”, causa Nro. 1941, sentencia del 27/06/2011.

⁶⁹ VIRGOLINI, Julio y SILVESTRONI, Mariano, ob. citada, pág. 256.

ganancias que originan, si las tuvieran que guardar en una caja de seguridad y mantenerlas allí inmovilizadas. Para que los delitos que cometan sean un buen negocio necesitan incorporar los dineros que producen al circuito económico legal...⁷¹.

La exigencia típica de introducir los activos maculados en los mercados económicos legales, halla su razón en el bien jurídico que el delito protege, esto es el “orden económico y financiero”. Este bien jurídico supraindividual, solo se verá alterado o afectado cuando los bienes ilegales se integren en el circuito económico y financiero legal. Mientras los activos permanezcan ocultos, sin que sean puestos en circulación, la lesividad del delito no proyecta sus efectos.

En este sentido, si el autor de un delito guarda el dinero obtenido por la venta de material estupefaciente en una caja de seguridad o “debajo del colchón” no incurrirá en el delito en trato. Este comportamiento no es punible en los términos del artículo 303 del C.P. En el mismo ejemplo recién citado, si quien guarda el dinero producto de la comercialización de material estupefaciente es un tercero ajeno a este delito, incurrirá – en su caso– en el delito de encubrimiento (art. 277.1.c del Código Penal) pero, del mismo modo, jamás su conducta podrá ser alcanzada por el tipo penal del art. 303 del Código Penal.

En definitiva, hay lavado de activos solo cuando dichos activos ingresan al circuito de los mercados formales de la economía. Pero solo la puesta en circulación no basta para completar la conducta típica del art. 303 del C.P. Es necesario además que, la maniobra encarada por el autor tenga aptitud para disimular el origen ilícito de los bienes.

3.2.2. La idoneidad como característica definitoria

Desde nuestra óptica, para estar en presencia de un comportamiento de lavado de activos –tal la redacción del tipo legal–, además de que los activos de origen ilícito ingresen a los canales de la economía formal, es necesario que dicha integración sea a través de una operación idónea para encubrir el origen ilícito del bien.

QUINTERO OLIVARES señala que resulta esencial no perder de vista la meta final de este fenómeno delictivo: conseguir que bienes de origen ilícito puedan ingresar en los circuitos económicos normales sin que se pueda detectar su origen y naturaleza⁷². Lo que persigue el autor del delito precedente es conseguir “que ese beneficio aparezca como generado en actividades lícitas”⁷³. Para ello debe “producir una especie de maquillaje de las ganancias originadas”⁷⁴.

Con meridiana claridad y cierto consenso se ha pronunciado la jurisprudencia. Así se ha expresado que “*Para que una disposición patrimonial pueda considerarse típica a los*

⁷⁰ FALCONE, Roberto A y SIMAZ, Alexis L., ob. citada, pág.188.

⁷¹ Antecedentes parlamentarios de la Ley 26.683. Del dictamen de la mayoría. Disponible en <https://www.mpf.gob.ar/biblioteca/buscador-de-antecedentes-parlamentarios/?texto=ley%2026683>

⁷² QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. “Comentario al art. 301” en “Comentarios a la Parte Especial del derecho penal”, 2da edición. Ed. Aranzadi, Pamplona, 1999, pág. 370.

⁷³ VIRGOLINI, Julio y SILVESTRONI, Mariano, ob. citada, pág. 252.

efectos del art. 278 inciso "a" del Código Penal debe demostrarse, en primer lugar, su idoneidad para producir la posibilidad de que los bienes adquieran una nueva apariencia y, a la vez, que ésta tenga aptitud bastante para disimular la procedencia ilícita de manera suficiente como para crear una situación de peligro respecto del bien jurídico protegido⁷⁵. Del mismo modo se ha dicho que "El delito se consuma cuando se llevan a cabo las acciones [...], con aptitud suficiente para que se produzca como resultado la posibilidad más o menos cierta de que ellos o los que los reemplacen adquieran apariencia de legitimidad"⁷⁶. En análogo sentido se ha expresado que "Para que la conducta resulte típica deberá ser idónea para producir la posibilidad de que los bienes adquieran nueva apariencia y, además, que esa apariencia revista aptitud para disimular la procedencia ilícita de forma tal que genere un peligro concreto para el bien jurídico protegido"⁷⁷. El delito de lavado de activos "reprime a quien realice cualquiera de las acciones especificadas por aquella norma, en la medida en que por medio de aquellas pueda darse apariencia lícita a bienes provenientes de un ilícito"⁷⁸.

Finalmente, se ha expuesto que "el lavado de dinero es el acto realizado para crear la apariencia de que las ganancias originadas en una actividad ilícita constituyen recursos, ingresos o ganancias legítimas"⁷⁹.

Como puede advertirse, existe aceptación en la jurisprudencia de que la acción típica en el delito se asienta en la puesta en circulación en el mercado de activos provenientes de actividades delictivas "mediante la realización de una operación que podría darle apariencia de un origen lícito, es decir, a través de un operación apta, en general, para dotar a los bienes de esa apariencia"⁸⁰. Según MINATTA para que la conducta sea típica deberá demostrar, por un lado, su idoneidad para producir la posibilidad de que los bienes adquieran nueva apariencia y, por otro, que dicha apariencia tenga aptitud bastante para disimular la procedencia ilícita⁸¹. Lo que se procura castigar con el delito

⁷⁴ TAZZA, Alejandro., ob. citada, pág. 567.

⁷⁵ Cámara Criminal y Correccional Federal de la Capital Federal, Sala II, autos: "BREWER, Nicholas y otros s/procesamiento", causa Nro. 21.590, sentencia del 16/09/2004. El subrayado es propio.

⁷⁶ Cámara Federal de San Martín, Sala I, autos: "Legajo N° 14 - Querellante: UIF Imputado: CORVO DOLCET, Mateo y Otros S/Legajo de Apelación", causa Nro. 45/2017/14/CA2, sentencia del 18/04/2018. El subrayado es propio.

⁷⁷ Juzgado en lo Criminal y Correccional Federal N° 3, Secretaría N° 8 de Mar del Plata, autos: "MARISCAL Juan Manuel y otros s/ Inf. ley 23.737", causa Nro. 32006228/2013 del 07/10/2016.

⁷⁸ Cámara Penal Económico, Sala B, autos: "N.N. S/ Inf. Art. 303 Denunciante: PROCELAC", causa N° CPE 1351/2015/CA1, sentencia del 20/12/2016. El subrayado me pertenece.

⁷⁹ Cámara Federal de Mendoza, Sala A, autos: "Legajo de Apelación en Autos: ESTEBAN MARCOVICH, Olga Sonia S/ Infr. Art. 303", causa Nro. FMZ 6112/2014/2/CA1 sentencia del 31/03/2016. El subrayado me pertenece.

⁸⁰ CORDOBA, Fernando J., ob. citada, pág. 94.

⁸¹ MINNATA, María Josefina. "La evasión tributaria como delito precedente del lavado de activos". La Ley, Periódico Económico Tributario N° 484, febrero de 2012, pág. 1. En idéntico sentido se expresa ZURZOLO SUAREZ para quien "no toda operación que suponga poner en circulación en el mercado bienes provenientes de un ilícito penal implica necesariamente una puesta en peligro para el bien jurídico" (cfr. ZURZOLO SUAREZ, Santiago. "Breves reflexiones sobre la consecuencia posible de que los bienes originarios o subrogantes adquieran la apariencia de un origen lícito, en el delito de lavado de dinero" en Revista de Derecho Penal. Derecho Penal Económico, 2015-1. Ed. Rubinzal Culzoni, págs. 131).

son aquellas “maniobras cosméticas” que permitan “como consecuencia posible que el autor del hecho precedente pueda mostrar a la sociedad que obtuvo su dinero ejerciendo una actividad lícita, cuando en verdad esto no fue así”⁸².

Es por ello que, aquellas “acciones que carecen ab initio de aptitud para producir el resultado querido (la posibilidad de que los bienes adquieran apariencia de origen lícito) caen fuera de tipo, es decir no cumplen los requisitos de la acción típica de este delito”⁸³.

Así por ejemplo, si un narcotraficante, con el dinero producto de la comercialización de material estupefaciente, adquiere una sociedad que es propietaria de un establecimiento comercial (un supermercado) e inscribe las acciones a su nombre, hemos de concluir que esta conducta no puede ser considerada típica del delito de lavado. ¿Qué aptitud tiene dicha operación para ocultar la procedencia delictiva de los fondos empleados? Del mismo modo se expresa TROVATO, para quien la compra de un departamento, por parte del autor del delito previo, no puede constituir lavado: “cualquier investigación judicial podrá advertir la existencia de esa compra y tendrá a su disposición las declaraciones impositivas de la persona para determinar si estaba o no en condiciones de adquirir ese bien”⁸⁴. Si no lo estaba “entonces podrá ser decomisado el inmueble, como provecho indirecto obtenido por el delito”. Sobre la tocante, resulta demostrativo lo expresado por D’ALBORA al comentar una sentencia judicial: “un decisorio incriminador que aspire a superar el control de logicidad, debiera explicar de qué manera la compraventa de un inmueble, cuya transferencia de dominio es objeto de registración estatal, presupone la intervención de oficiales públicos y se refleja en instrumentos de idéntica naturaleza, puede asimilarse a un medio furtivo que resulte idóneo para dificultar o impedir su localización y su posterior decomiso”⁸⁵. La adquisición de bienes (inmuebles o muebles) con dinero cuyo origen es ilícito, solo será una conducta típica cuando la operación posea idoneidad para maquillar el origen ilícito de los bienes, como podría ocurrir por ejemplo utilizando “hombres de paja” o la constitución de personas jurídicas que cumplen la función de adquirentes en nombre del verdadero titular de los mismos, ocultando así la titularidad real y el origen de los bienes utilizados⁸⁶.

Ahora bien, siguiendo los lineamientos de BERMEJO –los cuales comparto– y tomando el ejemplo del narcotraficante, si en cambio las acciones son registradas a nombre de un testaferro (vgr. un amigo de confianza) que no se encuentra vinculado a actividades ilícitas y que cuenta con capacidad económica para adquirirlas, la cuestión cambia. En este supuesto, en mi opinión, estaríamos frente a un hecho típico de lavado de activos: se integra dinero de origen ilícito, mediante una conducta idónea de dar apariencia de licitud, pues al registrar las acciones a nombre de una persona con

⁸² TROVATO, Gustavo F. “La conducta prohibida...”, ob. citada, pág. 2117.

⁸³ CORDOBA, Fernando J., ob. citada, pág. 87.

⁸⁴ TROVATO, Gustavo F. “La conducta prohibida...”, ob. citada, pág. 2118.

⁸⁵ D’ALBORA, Francisco J (h), ob. citada, pág. 22.

⁸⁶ BERMEJO, Mateo G., tesis citada. Disponible en <http://www.tesisenred.net/handle/10803/7318>.

capacidad económica y que no se halla vinculada a actividades ilícitas, se está “maquillando” el carácter delictivo del dinero invertido. ¿Alguien podría dudar del origen lícito del bien si este ha sido adquirido por una persona sin conflictos con la ley penal?

Otro ejemplo demostrativo de conductas que reprime el tipo penal del artículo 303, estaría dado por el siguiente ejemplo: el autor de un delito –que genera provecho económico– adquiere con dinero lícito (vgr. solicita un préstamo bancario) un establecimiento hotelero. Luego, y para ingresar las ganancias del delito subyacente, idea la siguiente maniobra: contablemente registrará una ocupación del cien por ciento (100%) de las plazas disponibles a pesar de que el promedio de ocupación real del mismo no supera el cuarenta por ciento (40%) de las plazas. De esta forma y utilizando la pantalla de una ocupación total de las plazas disponibles –cuando en realidad solo está ocupado en una pequeña parte– se ingresa dinero mal habido a los circuitos formales de la economía. El dinero ingresado al sistema legal, en ese sesenta por ciento (60%) de ocupación que no es real, es una operación con aptitud para esconder su origen delictivo.

Cabe agregar que, la idoneidad de la conducta a través de la cual el agente pretenderá dar apariencia de licitud debe ser evaluada mediante un juicio “ex ante” con criterios objetivos. Una acción será típica del delito de lavado, cuando un observador objetivo y prudente, en la situación del autor, concluye que la acción, segura o probablemente, ocultara el origen maculado de los activos. Si la conducta, analizada objetivamente por el juez interviniente, es apta para disimular el origen ilícito de los bienes, estaremos ante una acción idónea y por ende típica del delito. Si, por el contrario, el operador judicial arriba a la conclusión de que la conducta carece de aptitud para “maquillar” la procedencia delictiva, la conducta será atípica. Así, en el ejemplo que dimos del narcotraficante que adquiere acciones con dinero mal habido y las registra a nombre de un amigo de confianza –el que no se encuentra vinculado a actividades ilícitas y con un perfil patrimonial es aceptable– la circunstancia “ex post” de que el citado amigo no poseía realmente la capacidad económica para adquirir las acciones no convierte a la conducta en atípica.

Finalmente, “no es necesario un artificio ciento por ciento efectivo para disimular la ilicitud previa”⁸⁷. Es necesario, simplemente, que “*la acción u omisión de lugar a la “posibilidad” de que el origen ilícito de los bienes quede disimulado*”⁸⁸.

Tampoco es relevante si el autor ha logrado, o no, darle a los activos traza de licitud, pues siendo el delito de lavado de activos un delito de peligro concreto, alcanzará para su consumación que haya existido un peligro concreto –consecuencia posible– de que los bienes adquieran la apariencia de un origen lícito.

⁸⁷ VIRGOLINI, Julio y SILVESTRONI, Mariano, ob. citada, pág. 258.

3.2.3. Conclusión

De conformidad a lo señalado se puede arribar a las siguientes conclusiones:

El comportamiento típico del delito de lavado de activos reprimido en el artículo 303 del C.P exige la reunión conjunta de dos circunstancias: por un lado *integración de los activos al mercado económico legal* –para afectar el orden económico y financiero– y por otro lado, que *la operación llevada a cabo por el autor sea idónea “ex ante” para ocultar el origen ilícito de los activos* –para perturbar la administración de justicia–.

a) *¿Qué ocurre cuando hay ingreso de bienes cuya procedencia es delictiva pero la operación utilizada para encubrir el origen no es idónea “ex ante” para lograr dicha finalidad?* Ejemplo: el autor de un delito previo que adquiere un bien inmueble con dinero ilícito y lo registra a su nombre. En estos casos la conducta será atípica del delito de lavado de activos pues si bien se perturbaría el orden económico y financiero –con la puesta en circulación de los activos–, el bien jurídico protegido –administración de justicia– no se vería afectado. Si la operación empleada por el autor no posee aptitud para ocultar la procedencia mal habida de los activos, el disvalor de la acción –en relación al bien jurídico administración de justicia– es inexistente, razón por la cual la conducta se halla incompleta para ser subsumida en el tipo penal del artículo 303 del C.P. Esto no significa que la conducta no sea reprochable, pero no bajo la figura del lavado de activos.

En lo personal, entiendo que habría que incorporar al plexo normativo penal, una figura penal que pueda subsumir la conducta analizada. Así por ejemplo una solución sería contemplar, como lo hace el Código Penal de Colombia en su artículo 327⁸⁹, el delito de enriquecimiento ilícito de particulares⁹⁰. De esta forma, se abarcarían aquellas conductas que importan introducir en el mercado formal activos ilícitos pero sin disimular su origen.

Íntimamente vinculado a la situación analizada se halla aquella problemática que gira en torno a determinar si el autor de un ilícito previo, *cuando utiliza los activos ilícitos para solventar los gastos de la vida corriente incurre en el delito de lavado de activos*. Así por ejemplo, cuando el sujeto activo emplea dinero mal habido para el pago de una compra en el supermercado, o para la compra de remedios, o el pago de una consulta médica, o para el pago del servicio eléctrico ¿lava activos? La doctrina no es conteste. Hay autores que entienden que, la utilización de activos ilícitos para solventar gastos comunes y/o necesidades básicas del grupo familiar sería una conducta punible en los términos del

⁸⁸ Cámara Federal de Mendoza, Sala A, autos: “Legajo de Apelación en Autos: ESTEBAN MARCOVICH, Olga Sonia S/ Infr. Art. 303”, causa Nro. 6112/2014/2/CA1 sentencia del 31/03/2016.

⁸⁹ Dentro del capítulo V denominado “Del lavado de activos”, bajo el título X “Delitos contra el orden económico social”.

⁹⁰ “El que de manera directa o por interpuesta persona obtenga, para sí o para otro, incremento patrimonial no justificado, derivado en una u otra forma de actividades delictivas incurrirá, por esa sola conducta, en prisión de seis (6) a diez (10) años y multa correspondiente al doble del valor del incremento ilícito logrado, sin que supere el equivalente a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes”.

artículo 303 del C.P.⁹¹. Otros, en cambio, niegan la posibilidad de sancionar por lavado de activos la utilización de bienes ilícitos para solventar los gastos de la vida corriente⁹². Refiere BLANCO CORDERO que “en la jurisprudencia de los EEUU existe un amplio consenso en que queda afuera del tipo penal el mero acto de gastar dinero generado por una actividad criminal. Esto significa que el gasto de dinero para comprar algo o realizar otra operación no necesariamente constituye blanqueo, aunque el dinero haya sido obtenido de un delito y el sujeto conozca esta circunstancia”⁹³. Se afirma al respecto que “gasto de dinero” no es lo mismo que “blanqueo de dinero”. Hay que distinguir aquellas conductas “que no son más que un gasto de dinero (impunes) de aquellas dirigidas a ocultar su origen (punibles)”⁹⁴.

El Superior Tribunal de Justicia español también ha proclamado la impunidad de estos comportamientos. Así ha dicho que *“la expansión del tipo de blanqueo tras la reforma de 2010,...puede conllevar en el sentir de la doctrina a “un resultado insatisfactorio”, “desmedido”, “cuestionable desde consideraciones dogmáticas y político-criminales”...; de modo que..., se propone su restricción teleológica, para considerar atípicos todos los objetos materiales de cuantía irrelevante,..., así como en virtud de la inviabilidad de la absoluta exclusión de la actividad económica de cualquier ciudadano, que no puede serle privada las actividades de compra diaria para atender a las necesidades vitales cotidianas, de otro modo proscritas”*⁹⁵.

En lo personal adhiero a la posición de aquellos que sostienen que el empleo, por parte del autor del delito precedente, de activos de origen delictivo a los fines de hacer frente a gastos comunes de la vida diaria es una conducta impune. Y cimento mi punto de vista en una sencilla razón: ninguna de esas conductas son aptas para dar, a los activos integrados, apariencia de licitud. Tal como lo dijéramos, la acción típica en el delito de lavado de activos es una conducta dirigida a disimular el origen delictivo de bienes –a fin de hacer creer que su origen es lícito– a través de un ardid con aptitud para lograr el cometido. El hecho de utilizar dinero ilícito para adquirir alimentos o para abonar una consulta médica o profesional o para pagar servicios de su hogar, si bien importa una puesta en circulación de activos ilícitos, no solo no posee aptitud de ocultar el origen lícito de los bienes sino que, además, son realizadas por el sujeto sin intención de maquillar la procedencia delictiva de los mismos. Esto, desde mi óptica, fulmina cualquier posibilidad de sancionar dichos comportamientos.

b) *¿Qué ocurre cuando no hay puesta en circulación de bienes de procedencia delictiva, pero la operación utilizada para encubrir el origen es idónea “ex ante” para lograr dicha finalidad?* Ejemplo: el autor de un delito que guarda el dinero mal habido en

⁹¹ D´ALBORA, Francisco J (h), ob. citada, págs. 154/155.

⁹² En este sentido Gustavo TROVATO (cfr. TROVATO, Gustavo F., “Comentario al artículo 303...”, ob. citada, pág., 578) y Gustavo CORDOBA (cfr. CORDOBA, Fernando J., ob. citada, pág. 97)

⁹³ BLANCO CORDERO, Isidoro, ob. citada, pág. 660

⁹⁴ BLANCO CORDERO, Isidoro, ob. citada, pág. 667

⁹⁵ STS 5075/2014, sentencia del 26/11/2014.

una caja de seguridad perteneciente a un amigo de confianza que no se halla vinculado a actividades ilícitas y que puede justificar la tenencia del mismo⁹⁶. En estos casos, la conducta tampoco tendrá relevancia jurídico penal en relación al delito de lavado de activos en tanto que, si bien es cierto que el comportamiento podría afectar la administración de justicia –al impedir el decomiso del dinero–, la afectación al orden económico y financiero no se advierte. De igual forma, estamos en presencia de una conducta incompleta para subsumirla en el artículo 303 del C.P. En su caso, el comportamiento del sujeto que facilita su caja de seguridad para ocultar el dinero mal habido, podría estar incurso en el tipo penal reprimido por el artículo 277 inc. c, pero la conducta del autor del delito previo es impune, en virtud a que el autoencubrimiento no se halla penado.

3.3. Crítica a la regulación normativa local

a) El tipo penal es indeterminado:

Tal como afirma BLANCO, los tipos penales que reprimen el lavado de activos “suelen contener fórmulas de gran amplitud, normalmente compuestas de varios verbos típicos que describen acciones habituales de reciclaje, acompañadas por una cláusula residual diseñada para contener todas las modalidades comisivas no receptadas expresamente⁹⁷. Esta arquitectura se observa con meridiana claridad en la legislación nacional: el legislador en la fórmula de la ley 25.246 (art. 278 del CP) mencionó algunos verbos ejemplificativos de la acción típica –*convertir, transferir, administrar, vender, gravar*– para luego finalizar esa enumeración con una definición genérica –*aplicare de cualquier otro modo*– que permite incluir otras acciones típicas no enunciadas expresamente en el tipo penal. El propio legislador así lo reconoce: “Para la tipicidad, es decir, para la descripción de la condena prohibida por la norma, se ha apelado a un criterio que combina el empleo de algunos verbos característicos, con una fórmula residual, que intenta dar un concepto general de en qué consiste el hecho del lavado de dinero o bienes⁹⁸”.

El mismo diseño se observa en la ley 26.683 (art. 303 del CP): se especifican acciones típicas ilustrativas –*convertir, transferir, administrar, vender, gravar y disimular*– para luego finalizar con una definición residual –*de cualquier otro modo pusiere en circulación en el mercado*– delineada para abarcar todas las modalidades comisivas no enunciadas expresamente en la figura penal.

Estamos, indudablemente, frente a una norma penal indeterminada cuya finalidad es reprimir la mayor cantidad posible de comportamientos. Tal como afirma BUOMPADRE,

⁹⁶ La tenencia de dinero de origen ilícito por parte de una persona que no se halla vinculada a actividades delictivas y que además, podría justificar la tenencia de dichas sumas de dinero, en principio sería una maniobra apta para disimular el origen delictivo del dinero.

⁹⁷ BLANCO, Hernán. “Lavado de activos por sujetos obligados. Análisis desde la teoría de los delitos de infracción de deber”. Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2011, pág. 217.

“la amplitud con que fue concebido el precepto legal puede acarrear serias consecuencias a la hora de aplicarse, pues [...] la ampliación de la formulación típica a cualquier tipología de actividad ilícita corre el riesgo de dilatar excesivamente la norma”⁹⁹ violando los principios de máxima certeza y taxatividad legal (principio de legalidad).

De acuerdo al principio de máxima taxatividad legal –*lex certa*–, el reproche penal debe apoyarse en leyes que revelen de manera precisa qué conductas están prohibidas y cuál es la pena correspondiente. Así lo tiene dicho el Tribunal cimero: “*El principio de legalidad en materia penal exige indisolublemente la doble precisión de los hechos punibles y de las penas a aplicar*”¹⁰⁰. ROXIN, acerca de las consecuencias de un precepto impreciso, expresa que “una ley indeterminada y por ello poco clara no puede proteger al ciudadano de la arbitrariedad, porque no implica una autolimitación del ius puniendi estatal a la que se pueda recurrir; además ... le permite al juez hacer cualquier interpretación que quiera e invadir con ello el terreno del legislativo; no puede desplegar eficacia preventivo-general, porque el individuo no puede reconocer lo que se le quiere prohibir; y precisamente por eso su existencia tampoco puede proporcionar la base para un reproche de culpabilidad”¹⁰¹. Por el contrario, una ley precisa permite a los ciudadanos “conocer desde un principio lo que está prohibido penalmente para entonces poder adecuar su comportamiento a la regla que sostiene la decisión penal”¹⁰².

Toda norma que infrinja el principio de “*lex certa*” viola el principio de legalidad (art. 18 CN) y por ende, la tacha de inconstitucionalidad del artículo 303 deviene obligatoria.

b) Algunos verbos típicos admiten varios significados

Íntimamente vinculado con la cuestión de la indeterminación del tipo penal, encontramos que algunos verbos típicos enunciados admiten varios significados. Las dificultades interpretativas de los textos normativos surgen, entre otros motivos, por la indeterminación de las palabras utilizadas en los textos jurídicos sujetos a interpretación. La utilización de un término que puede ser definido de diferentes maneras conlleva a tipos penales imprecisos y esto deja abierta la puerta para cualquier tipo de interpretación, ampliando el poder discrecional del juez para decidir la calidad y cantidad concreta de pena que se debe aplicar a los autores o partícipes responsables de un delito.

El tipo penal del artículo 303 no se encuentra exento de tales dificultades. Coincido con VIRGOLINI y SILVESTRONI en que “el tipo penal es ambiguo, confuso para un lector poco entrenado y propenso a interpretaciones arbitrarias”¹⁰³. Una de las dificultades que presenta el tipo penal en cuestión, entre otras, es la falta de precisión de

⁹⁸ Antecedentes parlamentarios de la Ley 25.246. Del dictamen de la mayoría. Disponible en <https://www.mpf.gob.ar/biblioteca/buscador-de-antecedentes-parlamentarios/?texto=ley%2025246>

⁹⁹ BUOMPADRE, Jorge E., ob. citada, págs. 274/275.

¹⁰⁰ CSJN; Fallos 311:2453 entre muchos otros.

¹⁰¹ ROXIN, Claus. “Derecho Penal. Parte General, Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito” 2da reimpresión. Ed. Thomson Reuters – Civitas, Madrid, 2015, pág. 169.

¹⁰² YACOBUCCI, Guillermo. “El sentido de los principios penales”. Ed. BdeF, Montevideo – Buenos Aires, 2014, pág. 385.

alguna de las voces típicas comprendidas en la descripción legal. Cada uno de los verbos utilizados en la norma tiene un significado muy amplio. En mi opinión, esta dificultad se presenta con las voces típicas “transferir” y “vender. Veamos:

Antes que nada, soy de la opinión de que entre ambas voces típicas existe una relación de género y especie, pues la venta no es otra cosa que un modo de transferir un derecho de propiedad sobre una cosa¹⁰⁴.

Pues bien, teniendo como premisa exegética que “del principio de legalidad (art. 18 CN) se deriva la exigencia de resolver las dudas interpretativas en la forma más restrictiva dentro del límite semántico del texto legal, en consonancia con el principio político criminal que caracteriza al derecho penal como la última ratio del ordenamiento jurídico”¹⁰⁵, soy de la idea de que la acción típica de “transferir” debe limitarse a los casos en donde se transmite el dominio sobre la cosa, sean estos bienes muebles, inmuebles, dinero, acciones, etc. El dominio otorga al titular del derecho, la facultad de usar, de gozar y disponer material y jurídicamente de la cosa. Es precisamente esta potestad lo que se transmite. Así, quedara sumida dentro de esta conducta típica, la acción de transferir el dominio de un bien inmueble o mueble a título gratuito (donación), la acción de transferir el dominio sobre el dinero (a través de transferencias bancarias), etc. En este sentido, desde mi punto de vista, quedan descartadas aquellas conductas que impliquen el traslado material de la cosa de un lugar a otro. Así, que un sujeto traslade un automotor, cuyo procedencia es delictiva de un lugar (ciudad) a otro lugar (otra ciudad), carece de relevancia jurídico-penal, salvo que dicho comportamiento tenga otra finalidad, además del simple traslado, tal como ayudar al tenedor de la cosa a eludir las investigaciones o a ocultar, alterar o hacer desaparecer el bien. En este último caso dicho comportamiento adquirirá relevancia desde el punto de vista del derecho penal, pudiendo verse la conducta incurso en el delito de encubrimiento pero nunca bajo la figura del lavado de activos.

Con respecto a la acción de *vender* –que es una forma de transferir– debe limitarse a aquellos casos en los que se verifique la transmisión del dominio de una cosa a título oneroso. Quedaran sumidos en este supuesto típico, los casos de compraventa, permuta, dación en pago, cesión onerosa de participaciones sociales, etc. En algunos casos, para que se perfeccione la venta será necesario, además del contrato respectivo –el cual deberá observar las solemnidades impuestas por la ley para su validez–, la entrega de la cosa, es decir la “tradición”¹⁰⁶. Con respecto a si la firma de un boleto de

¹⁰³ VIRGOLINI, Julio y SILVESTRONI, Mariano, ob. citada, pág. 256.

¹⁰⁴ Razón por la cual, la incorporación a la redacción del tipo penal del verbo típico “vender” resulta innecesaria y sobreabundante. El anteproyecto de Código Penal, elaborado por la comisión creada por Decreto 678/2012 del 7 de mayo de 2012, eliminaba algunos verbos sobreabundantes, intentando de esta manera simplificar el tipo y hacerlo más claro.

¹⁰⁵ CSJN; Fallos 340:549. Voto de los jueces Elena I. Highton de Nolasco y Carlos Fernando Rosenkrantz

¹⁰⁶ “El contrato de compraventa o el de permuta son meramente declarativos y no constitutivos de dominio, por lo cual en todos los casos se requiere la tradición de la cosa a efectos de adquirir el

compraventa debe quedar abarcada dentro de esta acción típica, coincido con la posición de FALCONE, SIMAZ y RIQUELME, en cuanto a que la suscripción de un boleto de compraventa no es una venta, pues en rigor “*el boleto de compraventa no otorga a su titular ningún derecho real sobre el inmueble, sino un derecho personal a exigir del vendedor la escrituración del bien*”¹⁰⁷.

Por último, es necesario hacer una breve referencia sobre la voz típica administrar – de la que ya nos ocuparemos en profundidad–. Dicha acción hace referencia a quien detenta al “manejo”, “regenteo”, “control”, “dirección” de los bienes de origen ilícito a fin de obtener el mayor rendimiento económico. Por tanto, lo que se abarca con este verbo es la optimización del rendimiento de los bienes buscando provecho apreciable económicamente. Para ser alcanzado por esta voz típica, el autor debe detentar el poder real y efectivo de “resolver/decidir” qué hacer con el bien objeto de gestión. Así, por ejemplo, quedarían comprendidos en esta voz típica los integrantes de los órganos de dirección de las personas jurídicas¹⁰⁸. También quedarían, en principio, incursos en esta acción típica los “gerentes” de cualquier explotación comercial, en tanto que la misma sea producto de actividades ilícitas y el directivo tenga efectivo regenteo del negocio¹⁰⁹. Del mismo modo, la figura de los denominados “testaferros”, “prestanombres” u “hombres de paja”, es decir aquellos que gestionan en nombre propio –pues frente a terceros se comportan como un verdadero propietario–, pero en interés ajeno –puesto que en realidad el patrimonio es de otra persona– un bien o conjunto de bienes, podría llegar a estar incurso en esta voz típica. Tanto en el caso del “gerente” de una establecimiento comercial¹¹⁰, como en el supuesto del “testaferro”¹¹¹ lo fundamental

derecho real”. SCBA, carátula: “ARBOLEYA, Héctor s/Concurso preventivo. Incidente de restitución de bienes”, Expediente 96046 del 11/05/2011.

¹⁰⁷ Cámara Nacional en lo Comercial, Sala A, autos: “ETCHEBEHERE, Hugo J. S/ Incidente de Escrituración”, sentencia del 7/07/2000.

¹⁰⁸ Así los gerentes en una SRL, los directores en una SA y los administradores en otros tipos societarios. En la causa caratulada “ALE, Rubén Eduardo y Otros S/ Infracción Art. 303 y Asociación ilícita” causa 32191/2013 de trámite ante la Cámara Federal de Tucumán (Fallo 01/04/2015) se confirmó el procesamiento de “M.F.C”, endilgándosele la administración de la firma “5 estrellas SRL” por ser la socia gerente de la sociedad. Con la provisoriedad que requiere la instancia procesal quedo acreditado que la imputada era quien tomaba las decisiones en la firma societaria.

En la causa caratulada “MENENDEZ, Hugo y otros s/ infracción ley N° 23.737”, causa N° 14032/1999 de trámite ante Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 6 de la ciudad de Buenos Aires (Fallo 29/08/2016) se condenó varios imputados entre algunos por haber administrado. Así al imputado “R.O.M” se le atribuyo administrar personas jurídicas a través de las cuales se inyectaba dinero espurio por haber ocupado el cargo de director suplente en las sociedades “El E.....S.A” y “S.... V.... S.A”, como así también, el puesto de presidente del directorio de “Estancias El E.... S.A.”.

¹⁰⁹ Así por ejemplo los vulgarmente denominados “gerentes” de un establecimiento hotelero, de un emprendimiento gastronómico, o de un casino, etc.

¹¹⁰ En la causa caratulada “SÁNCHEZ Pedro Norberto y Otros S/ Encubrimiento de Lavado de Activos de origen delictivo Art. 278 Inc. 1 ap. A) y B) C.P”, causa Nro. 721/10 de trámite ante el Tribunal Oral Federal de Corrientes se condenó una serie de imputados por haber administrado. Así al imputado “J.L.G” se lo condeno por administrar dinero que pertenecía al principal imputado de la causa, otorgando préstamos dinerarios a terceras personas, por los que cobraba elevadas tasas de interés. Quedo acreditado en la causa que el imputado (“J.L.G”) era quien decidía sobre las condiciones del otorgamiento de los préstamos y que el dinero prestado pertenecía a “P.N.S”.

pasa, desde mi punto de vista, por el “real y efectivo” poder de decisión que el sujeto tiene en relación a la cosa, llamémosle a esto “autonomía de decisión”. Una cosa sería que el sujeto intervenga real y efectivamente en la toma de decisiones y otra muy distinta sería que se limite a cumplir órdenes de los propietarios del establecimiento comercial – en el caso de los gerentes– o de los verdaderos dueños –en el caso del testaferro–. Desde mi óptica, en este último supuesto la conducta carece de importancia jurídico-penal. Solo tendría relevancia el comportamiento de aquellos agentes que tienen “autonomía de decisión”.

c) La cláusula residual es confusa

Tal como fuera ya explicado, el tipo penal que reprime el lavado de activos –tanto durante la vigencia de la ley 25.246 como en la vigencia de la ley 26.683– ha sido planificado, enumerando varias acciones típicas para luego cerrar la descripción con una cláusula residual diseñada para abarcar todas las modalidades comisivas no enumeradas en el tipo. En la redacción de la ley 25.246 (art. 278) la fórmula residual escogida por el legislador fue “*aplicare de cualquier otro modo...*”. A partir de la reforma de la ley 26.683 (art. 303) la cláusula residual es “*de cualquier otro modo pusiere en circulación en el mercado...*”.

Haciendo propia las expresión de CORDOBA, “en la redacción anterior no había duda que “aplicar” era el género común del cual las acciones enumeradas eran especies ejemplificativas. En efecto no cabe duda que vender, gravar, convertir, transmitir y administrar son todas formas de aplicar una suma de dinero o un bien”¹¹². Ahora bien, la redacción actual –conforme ley 26.683– presenta dificultades, puesto que no todas las acciones ahora enumeradas (“convirtiere, transfiriere, administrare, vendiere, gravare, disimulare”) implican necesariamente la incorporación en el sistema económico legal de activos provenientes de actividades ilícitas. Frente a esta situación, opina CORDOBA que “dos serían las interpretaciones posibles: o bien se entiende que la relación género y especie se mantienen pero entonces hay que interpretar que solo son típicas las operaciones que hayan introducido efectivamente los bienes en el mercado o bien se interpreta que la ley no quiso establecer ese requisito adicional, pero entonces hay que concluir que “poner en circulación” no es más que... una modalidad de acción más en

¹¹¹ En la misma causa citada “SÁNCHEZ Pedro Norberto y Otros”, al imputado “P.G.R” se le imputa haber administrado el complejo de viviendas para estudiantes que pertenecía a “P.N.S”. Quedo acreditado que el imputado era testaferro del principal imputado “P.N.S”, por cuanto detentaba la titularidad registral y la posesión de las viviendas y que regentaba el negocio.

En la causa “ALTAMIRA, Jorge Guillermo y otros S/ Infracción ley 23737...”, causa Nro. A-5/09 de trámite ante el Tribunal Oral Federal N° 2 de Córdoba se condenó a M.E.R y a J.G.V por haber prestado sus nombres para que J. G. A y M.V, con dinero obtenido de manera espúrea, adquieran bienes en forma legal y así introducirlos en el circuito cambiario.

Del mismo modo, en la causa “Querellante: Unidad de Información Financiera. IMPUTADO: IGLESIAS, Gustavo A. y Otros s/Legajo de Apelación”, causa N° 24005417/2011/14/CA8 de trámite ante la Cámara Federal de San Martín (Fallo 29/07/2016) se confirmó el procesamiento de una serie de imputados por haber “administrado”. Así la imputado “J.C.M” se le reprochó haber administrado dinero pues se acreditó en la causa que era quien operaba tres cuentas bancarias cuyos depósitos dinerarios pertenecían “M.A.V”.

¹¹² CORDOBA, Fernando J., ob. citada, pág. 93.

pie de igualdad con las previamente enumeradas¹¹³. El distinguido autor adhiere a la primera interpretación.

En lo personal adhiero a la opinión de CORDOBA. El delito de lavado de activos, en nuestra opinión, exige la presencia conjunta de dos circunstancias: por un lado es necesario que haya un *ingreso de los activos al mercado económico legal* y por otro lado la *operación encarada por el autor debe ser idónea para encubrir el origen ilícito* del bien. La ejecución, por parte del autor del delito, de cualquiera de las acciones típicas enumeradas en el artículo 303 del C.P, sin que ello implique incorporar los bienes a los circuitos formales de la economía, carecen de relevancia jurídico-penal, en tanto no producen una afectación al bien jurídico protegido “orden económico y financiero”. Imaginemos el siguiente ejemplo: un sujeto ha obtenido, producto de la comisión de un hecho ilícito, una cantidad determinada de pesos argentinos (en el caso \$ 1.000.000). Posteriormente logra adquirir, a través de canales informales –cuevas financieras, “arbolitos”, etc.– una cantidad de dólares estadounidenses (aproximadamente u\$s 40.000¹¹⁴) entregando los pesos argentinos. Nadie podría negar que el autor del delito ha incurrido en una de las acciones típicas: convertir activos provenientes de un hecho ilícito. ¿Pero de qué modo dicha transacción afecto el orden económico y financiero? De ninguna forma.

El legislador, al enumerar diferentes acciones en la disposición normativa, lo que hace es señalar distintas formas a través de las cuales los activos pueden integrarse a la economía formal, siendo esta última –la integración– la acción típica en del delito analizado.

d) *Alguna de las acciones típicas no cumplen con la caracterización del delito*

Tal como fuera expuesto (cap. 3.2.1), el delito de lavado de activos –de conformidad al tipo legal–, requiere que los bienes provenientes de un ilícito penal se incorporen a la economía formal (“sean puestos en circulación”). Hasta tanto los activos procedentes de actividades delictivas no sean introducidos en el sistema económico legal, el bien jurídico protegido por esta figura delictiva no se verá afectado. Al decir de ABOSO, este delito se consuma “al momento en que el autor puso en circulación en el mercado bienes y capitales provenientes de un ilícito penal”¹¹⁵.

Dicho esto, he de señalar que, en mi opinión, ciertos verbos típicos que describe el artículo 303 del C.P, de ningún modo importa una puesta en circulación de bienes maculados en los canales de la economía formal. Al respecto, Fernando CORDOBA hace referencia a tres acciones típicas que, según su sentir, no implican necesariamente la introducción en el mercado de activos: “convertir”, “administrar” y “disimular”¹¹⁶.

¹¹³ CORDOBA, Fernando J., ob. citada, pág. 93.

¹¹⁴ Según la cotización del dólar en los canales informales en estos tiempos.

¹¹⁵ ABOSO, Gustavo E., ob. citada, pág. 1498.

¹¹⁶ Explica el autor que “No todas las acciones enumeradas implican necesariamente la introducción en el mercado de dinero o de los bienes objeto de la operación,, al menos no convertir y administrar y tampoco la acción de disimular” (cfr. CORDOBA, Fernando J. ob. citada, pág. 93).

Discrepo con el prestigioso autor en relación a la acción típica de “convertir”. Hay casos en los que dicha conducta puede implicar la puesta en circulación de activos de origen ilícito. Pensemos en el siguiente ejemplo: el narcotraficante que adquiere un automotor y abona con dinero proveniente de la venta de material estupefaciente. No se puede negar que el dinero ilícito es convertido en otro bien, en este caso en un automotor.

Hecha esta aclaración, desde nuestra opinión, hay acciones típicas que de ninguna manera implican poner en circulación activos de origen ilícito y ello ocurre con las voces típicas de “administrar” y de “disimular”. La administración de activos de origen ilícito requiere que primeramente alguien los haya ingresado a la economía formal. Quien administra bienes cuya procedencia es ilegal (vgr. un complejo hotelero o un restaurant) no ingresa activos al mercado: los activos ya fueron ingresados al momento de adquirir – en el ejemplo– el establecimiento comercial que es administrado. Quien disimula el origen delictivo de un bien de ninguna manera introduce el activo al mercado formal: simplemente encubre u oculta el carácter delictivo del bien (el cual puede o no estar incorporado a la economía formal).

El acto de administración es el que tiene por finalidad la conservación y el normal aprovechamiento de un bien o conjunto de bienes. Se caracteriza por mantener la integridad del patrimonio, es decir no lo modifica (ej.: dar en locación o en arrendamiento un bien)¹¹⁷. Por tal razón, administra –en relación al delito de lavado– quien realiza “actos de gestión o manejo, de iure o de facto, del patrimonio ajeno que tiene un origen delictivo”¹¹⁸. Es decir lleva a cabo comportamientos de explotación o aprovechamiento del bien o bienes que ya fueron introducidos a la economía. La administración de activos ilícitos requiere de un paso previo: que alguien introduzca esos activos en el mercado.

Para ORSI, “no serían propios del lavado el manejo, ordenamiento u organización de los bienes y dinero, sino solo aquellos actos de la administración que impliquen un ejercicio de la facultad de disposición”¹¹⁹. Concluye el autor, buscándole alguna significación distintiva al verbo, que la voz típica “administrar” comprende cualquier acto de disposición, pero en tanto y en cuanto ellos se adopten en el marco de un mandato especial o general, esto es, cuando el acto jurídico se ejecute a nombre y por cuenta de otro¹²⁰. No comparto esta opinión. Hay contrato de mandato cuando una persona se obliga a realizar uno o más actos jurídicos por cuenta y en interés de otra persona (Art. 1319 del CCyC). El mandatario, en opinión de ORSI el autor de la operación de blanqueo, lleva a cabo materialmente el acto jurídico (vgr. vende un bien inmueble de origen delictivo) pero lo hace conforme a las instrucciones dadas por el mandante (Art. 1324 inc. a del CCyC). Por lo demás, en caso de que sobrevenga alguna circunstancia

¹¹⁷ Por el contrario, un acto de disposición es aquel que tienden a modificar el patrimonio de una persona, ya sea aumentándolo, disminuyéndolo o alterándolo (ej. la venta, la donación, la permuta, la constitución de un gravamen, etc.).

¹¹⁸ CARO CORIA, Dino Carlos. “Sobre el tipo básico de lavado de activos”. Disponible en http://www.cedpe.com/centro_info/archivos/ainteres/doc06.pdf, pág. 12.

¹¹⁹ ORSI, Omar G., ob. citada, págs. 567/568.

que implique apartarse de las instrucciones recibidas, se halla obligado a dar aviso inmediato al mandante, a fin de requerir nuevas instrucciones (Art. 1324 inc. b del CCyC). Si el mandatario debe ajustar su actuación a las instrucciones que le han sido impartidas, en rigor de verdad, el “gobierno” y la “dirección” del negocio jurídico la posee su mandante. La realización de un acto de disposición, en el marco de un contrato de mandato –sea este general o especial– debe atribuírsele al mandante pues es en definitiva quien tiene la potestad sobre el acto jurídico, ello claro está, en tanto y en cuanto el mandatario no se halla extralimitado en sus facultades.

En cuanto al verbo típico “disimular” es decir, ocultar el bien producto de una actividad delictiva, de ninguna manera importa una “puesta en circulación” de activos ilícitos. El ocultamiento o el disfraz de los bienes, tiende a encubrir el provecho de una actividad delictiva, permitiéndole al autor del delito previo su disfrute. Si quien incurre en la acción típica es alguien que ha participado en el delito subyacente su conducta es impune. En cambio, si el disimulo del bien o bienes ha sido llevado a cabo por un agente ajeno al delito previo, su comportamiento debería quedar incurso en el tipo penal previsto en el artículo 277 inc. b) y/o e).

En su afán de abarcar la mayor cantidad de conductas posibles, el legislador ha incurrido en un error, incluso extendiéndose más allá de los compromisos internacionales. Entiendo que las acciones típicas de “administrar” y de “disimular”, en tanto de ninguna manera importan una puesta en circulación, deberían ser suprimidas del texto legal.

4. El umbral económico en la regulación argentina

4.1. Regulación legal. Opinión personal

Hay que destacar que la regulación legal argentina es de las pocas en Sudamérica y en el mundo que establecen un umbral económico ¹²¹. En Ecuador (Ley Orgánica de Prevención, Detección y Erradicación del Delito de Lavado de Activos y del Financiamiento de Delitos)¹²² y en Perú (Decreto Ley 1106 de Lucha eficaz contra el lavado de activos y otros delitos relacionado a la minería ilegal y crimen organizado de Perú)¹²³ el valor económico o el monto dinerario son relevantes para la mayor o menor punición. En nuestro país, con la regulación legal actual ocurre algo semejante.

¹²⁰ ORSI, Omar G., ob. citada, págs. 567/568 en nota a pie de página Nro. 37

¹²¹ No poseen umbral económico la regulación legal de España, Alemania, Italia, Francia, Suiza, Chile, Uruguay, Paraguay, Brasil, Bolivia, Perú, Colombia, México, Panamá y Venezuela.

¹²² Art. 15.- Cada uno de estos delitos será sancionado con las siguientes penas: 1. Con prisión de uno a cinco años... a) Cuando el monto de los activos objeto del delito supere los cinco mil dólares de los Estados Unidos de América, pero no exceda de cincuenta mil dólares;... 2. Con reclusión menor ordinaria de tres a seis años...: a) Cuando el monto de los activos objeto del delito supere los cincuenta mil dólares de los Estados Unidos de América, pero no exceda de trescientos mil dólares;... 3. Con reclusión menor ordinaria de seis a nueve años,... a) Cuando el monto de los activos objeto del delito supere los trescientos mil dólares de los Estados Unidos de América.”

¹²³ Art. 4° “La pena será privativa de la libertad no menor de diez ni mayor de veinte años y trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días multa, cuando: ... 3. El valor del dinero,

Durante la vigencia del art. 278 del Código Penal¹²⁴, solo se configuraba el delito de lavado de activos cuando el valor de los bienes, superaba el monto de \$ 50.000. Cuando el valor de los activos –objeto de lavado– no superaba ese monto, no se configuraba típicamente el delito de lavado y, en todo caso y si se reunían los requisitos exigidos por el tipo penal, podía verse la conducta incurso en el delito de encubrimiento (Art. 277 C.P)¹²⁵.

La reforma operada por la ley 26.683 modificó sustancialmente la regulación legal del delito de lavado de activos: actualizó el umbral económico elevándolo a \$ 300.000 y contempló una nueva modalidad del delito. A partir de esta nueva redacción, ahora hay delito de lavado de activos tanto cuando el valor de los bienes supera el monto de \$ 300.000, como cuando dicho monto no es superado.

Esta nueva regulación ha generado en la doctrina una discusión en relación a si la figura penal prevista en el inciso 1° –cuando el valor del o los bienes objeto de lavado supera los \$ 300.000– se mantiene como tipo básico en función del cual se estructuran las demás figuras o si esa condición de figura base ahora reposa en el inciso 4° –cuando el valor del o los bienes objeto de lavado, no supera los \$ 300.000– convirtiéndose el inciso 1° en una forma agravada del inciso 4°. Hay autores que opinan que la figura básica dolosa es la del inciso 4° del art. 303 y que la figura contenida en el inciso 1° se ha transformado en una forma agravada del tipo contenido en el inciso 4°¹²⁶. Otros, por el contrario, opinan que la conducta del inciso 1° del art. 303 es la forma básica dolosa y que la figura contenida en el inciso 4° se ha transformado en una forma atenuada del tipo incluido en el inciso 1°¹²⁷. En lo personal adhiero a esta última posición: el tipo básico, durante la ley 25.246, se hallaba contemplado en el artículo 278.1.a (cuya escala penal oscilaba entre 2 y 10 años de prisión). Pensar que el tipo básico, en la nueva regulación legal, es el previsto en el artículo 303.4 (cuya escala penal es de 6 meses a 3 años) importaría reconocer que el legislador ha modificado la valoración social del hecho delictivo disminuyendo su escala penal. A más, esta parecería ser la posición del legislador quien en el momento de su debate expreso que *“Está claro que nosotros no entendemos que lo que quede por debajo de los 300 mil pesos no debe ser punible. ...se*

bienes, efectos o ganancias involucrados sea superior al equivalente a quinientas (500) Unidades Impositivas Tributarias...

La pena será privativa de la libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años y de ochenta a ciento diez días multa, cuando el valor del dinero, bienes, efectos o ganancias involucrados no sea superior al equivalente a cinco (5) Unidades Impositivas Tributarias.

¹²⁴ Según ley 25.246.

¹²⁵ Art. 278 inciso c) “Si el valor de los bienes no superare la suma indicada en este inciso, letra a, el autor será reprimido, en su caso, conforme a las reglas del artículo 277”.

¹²⁶ Entre ellos CORDOBA (cfr. CORDOBA, Fernando J., ob. citada, pág. 91); VIRGOLINI y SILVESTRONI (VIRGOLINI, Julio y SILVESTRONI, Mariano, ob. citada, pág. 256); TROVATO (cfr. TROVATO, Gustavo F. “La conducta prohibida...”, ob. citada, pág. 2115).

¹²⁷ Entre ellos FONTAN BALESTRA y LEDESMA (cfr. FONTAN BALESTRA, Carlos – LEDESMA, Guillermo A. C. ob. citada, pág. 608), FALCONE y SIMAZ (cfr. FALCONE, Roberto A y SIMAZ, Alexis L., ob. citada, pág. 220), RIQUERT (cfr. RIQUERT, Marcelo., ob. citada, pág. 241) y REGGIANI (cfr. REGGIANI, Carlos. “Lavado de activos”. Disponible en <http://www.pensamientopenal.com.ar/cpcomentado/37803-art-303-lavado-activos>).

*incluye otro inciso con una pena menor para el lavado de montos inferiores a ese valor. No queremos generar un espacio de impunidad donde haya una franja de hechos por debajo de determinados montos que no queden perseguidos penalmente o investigados, pudiendo de este modo fomentar el lavado de dinero*¹²⁸.

Otra cuestión generó dudas en la doctrina: el umbral económico ¿es un elemento del tipo objetivo o una condición objetiva de punibilidad? Urge la respuesta por la trascendencia de las consecuencias jurídicas¹²⁹. En mi opinión, durante la vigencia de la ley 25.246, el umbral económico era un elemento del tipo objetivo, pues si el valor no superaba el monto fijado no se conformaba el delito de lavado. CORDOBA es terminante al respecto al afirmar que el monto “en la ley 25.246 era una condición sine qua non para la existencia del delito”¹³⁰. Además, el propio legislador así lo reconoció “...fijar un valor como límite del tipo objetivo...”¹³¹. En cambio, con la sanción de la ley 26.683, el monto establecido (\$ 300.000) pasó a ser una condición objetiva de punibilidad, en tanto funciona como una circunstancia que atenúa la escala penal (cuando no supera el monto económico). Además, el legislador así lo estableció “En cuanto al monto como condición objetiva de punibilidad del tipo penal, lo hemos llevado al orden de los 300 mil pesos...”¹³². CORDOBA es convincente cuando señala que el umbral económico en la ley 26.683 se convirtió en “un mero elemento delimitador de un tipo agravado del delito”¹³³, pues “con las mismas conductas el autor puede incurrir ahora, si el valor de los bienes no supera ese monto, en un delito de lavado menor o si el valor de los bienes supera ese monto, en el delito de lavado tradicional, el cual tiene previsto una pena más severa”¹³⁴.

En lo personal, adhiero a una regulación legal que incluya un monto económico como elemento diferenciador, sin embargo rechazo la forma en que se halla regulado actualmente. El umbral económico ha de constituirse en un mecanismo delimitador, pero no solo de la gravedad de la escala penal, sino también de cuando una conducta es delito de lavado de activos y de cuando no lo es (como lo regulaba la ley 25.246). Daré razones de mi posición: En primer lugar, y tal como lo manifesté, para que la puesta en circulación de activos ilícitos afecte el orden económico y financiero de un Estado ha de tener magnitud (vgr. no es posible pensar que una operación de lavado de activos de \$10.000 o incluso \$ 300.000 pueda perturbar el orden socioeconómico y financiero de un

¹²⁸ Exposición del diputado Juan Pedro TUNESSI en el debate parlamentario de la ley.

¹²⁹ Si se concluye que el umbral económico es un elemento del tipo objetivo, dicho monto debe ser abarcado por el dolo del autor. Si el sujeto activo ignora ese monto económico su conducta será atípica. En cambio si se concibe que en una condición objetiva de punibilidad, el umbral económico es elemento ajeno al dolo del autor de modo que, el hecho de que sea o no conocido por el mismo resulta intrascendente.

¹³⁰ CORDOBA, Fernando J., ob. citada, pág. 131.

¹³¹ Antecedentes parlamentarios de la Ley 25.246. Del dictamen de la mayoría. Disponible en <https://www.mpf.gov.ar/biblioteca/buscador-de-antecedentes-parlamentarios/?texto=ley%2025246>

¹³² Exposición del diputado Juan Pedro TUNESSI en el debate parlamentario de la ley. En igual sentido se pronuncian FONTAN BALESTRA y LEDESMA (cfr. FONTAN BALESTRA, Carlos – LEDESMA, Guillermo A. C. ob. citada, pág. 611).

¹³³ CORDOBA, Fernando J., ob. citada, pág. 131.

país). La ley penal, debe situar su persecución a las grandes operaciones de lavado. En este sentido, resultan esclarecedoras las expresiones de CORDOBA, en cuanto a que la política criminal internacional no concibió al lavado como un delito referido a cualquier bien de origen ilícito, sino solo a los originados en los delitos especialmente graves, con especial énfasis en los relacionados con la criminalidad económica¹³⁵. Por tal razón, y con acierto, la ley 25.246 restringió la nómina a los delitos graves, fijando para ello un monto mínimo al valor patrimonial de los activos involucrados¹³⁶. En cambio la ley 26.683 al eliminar esa “barrera económica”, erróneamente desde mi punto de vista, ha extendido “la incriminación más allá de lo que es político-criminalmente necesario y conveniente, y además revive dificultades serias en torno a la delimitación de la acción y del objeto del delito que el criterio del monto mínimo había configurado”¹³⁷.

Recordemos que con la ley vigente hay delito de lavado independientemente del monto de la operación, razón por la cual, el producto de cualquier delito y de cualquier valor económico es objeto idóneo sobre el cual se pueden proyectar conductas de lavado. Así, por ejemplo un sujeto que hurta una notebook y la vende en el mercado a \$ 5.000 incurre, típicamente hablando, en el delito de lavado de activos¹³⁸. Sancionar penalmente esta conducta es, desde mi opinión, político-criminalmente un desatino. ¿La puesta en circulación de un objeto cuyo valor asciende a \$ 5.000 ofende al orden económico y financiero de un país? ¿Amerita el evento analizado la puesta en marcha de todo el aparato judicial? Y para responder a estos interrogantes, me hago eco de las expresiones de Juan MARTEAU: “vincular al lavado de dinero a delitos convencionales o tradicionales sería desviar los recursos del sistema de criminalización a otros objetivos sobre los que recaen otras herramientas de persecución”¹³⁹.

La política criminal que reprime el lavado de activos, debe orientarse a los delitos “especialmente graves”. Se debe excluir de la figura penal aquellas conductas cuando el objeto material sea de escasa o insignificancia cuantía. Ello, a fin de evitar castigar con una pena grave –3 a 10 años de prisión– operaciones por montos insignificantes o de menor importancia. Por ello, haciendo propia las expresiones de REBOLLO VARGAS “si el ilícito penal no implica, ya sea por tratarse de una actividad de mínima trascendencia o de carácter irrelevante, una afcción a la vertiente socioeconómica protegida en el delito

¹³⁴ CORDOBA, Fernando J., ob. citada, pág. 40.

¹³⁵ CORDOBA, Fernando J., ob. citada, pág. 37. Así obsérvese que las convenciones internacionales y las recomendaciones del GAFI solo exigen que las leyes locales incluyan como hechos ilícitos previos la más amplia gama de delitos graves.

¹³⁶ Restringió la aplicación de la norma a los delitos graves pero para ello no utilizo un catálogo de delitos sino que lo realizo de manera indirecta fijando un umbral económico a partir del cual la conducta era delictiva.

¹³⁷ CORDOBA, Fernando J., ob. citada, pág. 41.

¹³⁸ Con una pena atenuada, pero lavado de activos al fin (art. 303. 4).

¹³⁹ MARTEAU, Juan Félix. Lavado de dinero: estandarización y criminalización: Notas para una política criminal contra el crimen financiero en la Argentina globalizada. Disponible en <http://argentinareal.org/lavado-de-dinero-estandarizacion-y-criminalizacion/>

de lavado de activos se trataría de un comportamiento que no sería punible¹⁴⁰. Lo contrario, puede distraer una política eficaz dirigida contra los grandes lavadores, contra las grandes organizaciones criminales que actúan en red en la Argentina lavando dinero¹⁴¹ y que son en definitiva los objetivos que debe perseguir el delito.

En definitiva, en mi opinión, hay que regresar a una estructura del tipo penal como se hallaba regulado en el artículo 278 del C.P (ley 25.246), estableciendo un umbral económico. Y así, habrá delito de lavado de activos solo cuando ese monto sea superado. Caso contrario o la conducta será impune o habrá de resolverse conforme a las previsiones del art. 277 del C.P.

Además, ese monto económico debe fijarse a través de una fórmula o mecanismo que permita su actualización sin necesidad de modificar la ley. En este sentido, la fórmula del monto fijo –tal como ha ocurrido tanto en la ley 25.246¹⁴² como en la ley 26.683¹⁴³– no resulta desde mi punto de vista correcto. Los procesos inflacionarios y devaluatorios en nuestro país son una constante y ello incide directamente en el valor de los bienes¹⁴⁴. El anteproyecto de Código Penal de la Nación (decreto 678/12), utilizaba una fórmula correcta, desde mi óptica, al establecer como monto económico una fórmula actualizable: “...valor total que supere el equivalente a cien salarios mínimos, vitales y móviles”. Aplicando dicha fórmula, el umbral económico vigente sería de \$ 950.000 y, a partir del 1º de julio de este año se actualizaría y aumentaría a \$ 1.000.000¹⁴⁵. De esta forma el umbral económico se mantiene permanentemente actualizado.

4.2. ¿Es la ley 26.683 una ley penal más benigna? Opinión personal.

Fernando CORDOBA es quien plantea la inquietud. Concretamente se refiere al caso de que persona hubiera sido imputada durante la vigencia de la ley 25.246, en los términos del art. 278 inc. 1º, letra a), por la realización de operaciones de lavado por montos superiores a \$ 50.000 pero inferiores a \$ 300.000.

Consideremos el siguiente ejemplo: el día 20 de diciembre de 2010, un sujeto “A” (autor de un hecho ilícito) adquiere (con dinero que es producto del ilícito cometido anteriormente) un bien inmueble, por el cual abona \$ 100.000, y lo inscribe

¹⁴⁰ REBOLLO VARGAS, Rafael, ob. citada, pág. 170. En un sentido semejante se pronuncian FALCONE y SIMAZ al expresar que “La disposición introducida por el legislador argentino debe rechazarse, pues atrapa conductas totalmente minatorias” (cfr. FALCONE, Roberto A y SIMAZ, Alexis L., ob. citada, pág. 220).

¹⁴¹ Exposición del diputado Juan Pedro TUNESSI en el debate parlamentario de la ley

¹⁴² Durante la vigencia de la ley 25.246 eran \$ 50.000 (art. 278.1).

¹⁴³ Luego de la reforma de la ley 26.683 es \$ 300.000 (art. 303.1).

¹⁴⁴ Obsérvese que en el año 2000, la barrera económica fijada en el tipo penal a partir del cual había delito de lavado era \$ 50.000 (que representaba u\$s 50.000). Hoy día, para mantener el mismo valor histórico de dicho umbral, el monto debería ascender aproximadamente a \$ 1.400.000 (unos u\$s 50.000 al día de hoy).

¹⁴⁵ Según resolución 3-E/2017 del Consejo Nacional del empleo, la productividad y el salario mínimo, vital y móvil, el salario mínimo vital y móvil a partir del 1º de enero de 2018, es de \$ 9.500. A partir del 1º de julio de 2018, será de \$ 10.000.
<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/275000-279999/276270/norma.htm>

registralmente a nombre de un amigo de confianza “B” (que conoce el origen ilícito del dinero). En este caso, al escala penal aplicable a la conducta de “A” y “B” sería de 2 a 10 años, pues el valor económico de la operación supera los \$ 50.000 (art. 278 inc. 1° a), Ahora si la adquisición, se realizare el 2 de agosto de 2011, la escala penal aplicable a la conducta de “A” y “B” sería de 6 meses a 3 años, pues el monto de la operaciones es inferior a \$ 300.000 (art. 303 inc.4°). En efecto, la aplicación retroactiva de la ley 26.683 desplazaría la escala penal 2 a 10 años a la pena de 6 meses a 3 años.

CORDOBA entiende que habría que estar a las circunstancias de caso: si “el aumento el monto...tuvo por finalidad compensar la depresión monetaria sufrida por la moneda nacional durante el periodo de vigencia de la ley 25.246, habría que concluir que esa modificación no habilita la aplicación del principio de retroactividad de la ley penal más benigna”¹⁴⁶ pues no implica un cambio de la valoración social del hecho, como presupuesto para la operatividad del principio de retroactividad de ley más benigna¹⁴⁷.

Disentimos respetuosamente con el punto de vista del prestigioso profesor. En primer lugar, la aplicación de la ley penal más benigna posterior al hecho delictivo no tiene solamente fundamento legal sino además constitucional: “*El principio de ley penal más benigna goza de raigambre constitucional*”¹⁴⁸. El único requisito que exige la aplicación del principio es que “... *la ley penal más favorable al imputado revista el carácter de permanente*”¹⁴⁹. Por tanto, el principio de ley penal más benigna solo cede cuando se trata de normas temporales o excepcionales¹⁵⁰. Así lo tiene dicho nuestro máximo tribunal de Justicia de la Nación: “*el carácter temporario o excepcional del régimen penal... constituye un obstáculo cierto a la operatividad del principio de la ley penal más benigna (art. 2° del Código Penal)...*”¹⁵¹.

En este marco de análisis, una ley penal –desde un punto de vista cuantitativo– es más benigna cuando resulta “más suave en cuestiones penales tales como la pena”¹⁵², es decir aquella “*legislación que, con posterioridad a la comisión del delito... disponga la imposición de una pena más leve*”¹⁵³.

La “ratio” de la aplicación retroactiva de una ley penal más benigna se sustenta en que es inadmisibles imponer o mantener una sanción cuando el hecho ya no se considera

¹⁴⁶ CORDOBA, Fernando J., ob. citada, pág. 144. Los autores que comparten la posición de este autor, sustentan la postura en que la modificación recaería en una “condición objetiva de punibilidad” y no en el delito en sí.

¹⁴⁷ En contra FONTAN BALESTRA y LEDESMA: Para estos autores “la actualización del monto realizada por la ley 26.683 deba aplicarse retroactivamente como ley penal más benigna, tal como lo impone el art. 2° del Código Penal” (cfr. cfr. FONTAN BALESTRA, Carlos – LEDESMA, Guillermo A. C. ob. citada, pág. 612).

¹⁴⁸ CSJN; Fallos 327:2280. Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema.

¹⁴⁹ CSJN; Fallos 220:730.

¹⁵⁰ En igual sentido Javier DE LUCA (cfr. DE LUCA, Javier Augusto. “Leyes penales más benignas, en blanco y Constitución Nacional” 2da edición. Ed, Ad Hoc, Buenos Aires, 2010, pág. 13).

¹⁵¹ CSJN; Fallos 293:522.

¹⁵² BIDART CAMPOS, Germán. “Tratado elemental de derecho constitucional argentino”. Ed. Ediar, Buenos Aires, 1993, p. 684.

¹⁵³ CSJN; Fallos 330:5158.

delito, o bien cuando una pena ha devenido desproporcionada en relación con la menor gravedad que la sociedad atribuye ahora a ese hecho. En este sentido, *“el principio republicano de gobierno exige la racionalidad de la acción del Estado y ésta es afectada cuando, por la mera circunstancia de que un individuo haya cometido el mismo hecho con anterioridad a otro, se lo trate más rigurosamente”*¹⁵⁴

Por lo demás, resulta aplicable *“mutatis mutandi”* la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, respecto a la actualización del umbral económico en la ley penal tributaria¹⁵⁵. La Corte, en el fallo *“PALERO”*¹⁵⁶, con motivo de las modificaciones introducidas por la ley 26.063 al artículo 9 de la Ley 24.769¹⁵⁷ dejó sentado que *“Resulta aplicable en forma retroactiva la ley 26.063 que resultó más benigna para el recurrente, si la modificación introducida importó la desincriminación de retenciones mensuales menores, entre las que se incluyen las que conformaron el marco fáctico original de la pena impuesta al recurrente que, de ser mantenida, importaría vulnerar el principio de la benignidad de la norma receptado en los tratados internacionales con jerarquía constitucional”*. Este criterio fue receptado por las cuatro salas de la Cámara Federal de Casación Penal¹⁵⁸.

En fin, la actualización del umbral económico, a partir de la reforma de la ley 26.683, implica necesariamente, –cuando el monto de la operación objeto de lavado es superior a los \$ 50.000 pero inferior a los \$ 300.000– una atenuación de la graduación penal, pues la escala penal (originariamente prevista) de 2 a 10 años de prisión, se ve

¹⁵⁴ CSJN; Fallos 330:5158. Del voto del juez Lorenzetti.

¹⁵⁵ En donde el umbral económico opera como condición objetiva de punibilidad, tal como sostiene la doctrina mayoritaria de este país.

¹⁵⁶ CSJN; Fallos 330:4544. Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema

¹⁵⁷ El artículo 9 de la ley 24.769, previo a la reforma, fijaba la suma *“...de cinco mil pesos (\$ 5.000) por cada período”* como condición objetiva de punibilidad. Luego, reforma operada por la ley 26.063, se elevó ese valor económico a *“la suma de pesos diez mil (\$ 10.000) por cada mes”* (art. 13).

¹⁵⁸ Sala I: *“MARCHESE, Hugo y otro S/ recurso de queja”*, causa Nro. 16.739, resolución del 11/12/12, reg. N° 20.526. En este fallo se estableció que *“la aplicación retroactiva de la ley en estudio procede en el sub lite por cuanto se erige en una norma más beneficiosa para los imputados por cuanto tiene la virtualidad de sustraer la conducta incriminada del ámbito del derecho penal”*. Sala II: *“LAZARCSUK, Juan Manuel S/recurso de casación”*, causa N° 15.842, resolución del 15/04/13, reg. N° 288/13.2, aquí se dijo *“Las normas convencionales y legales consagran el principio de retroactividad de la ley penal más benigna sin la indicación de ningún condicionamiento, por ello, frente a esta situación, sólo cabe aplicar el principio pro homine según el cual debe acudirse siempre a la norma más amplia o a la interpretación más extensiva cuando se trate de reconocer derechos protegidos. Aun cuando se admitiera el argumento del fiscal vinculado con que la modificación legal sólo buscaba corregir los defectos de la depreciación monetaria, lo cierto es que también frente a esta premisa, procede la aplicación retroactiva de la nueva ley, pues claramente tiende a evitar que se trate con mayor rigurosidad a quien cometió el hecho cuando no había ocurrido la depreciación monetaria”*. Sala III: *“PEREZ MATEO, Elena S/recurso de casación”*, causa N° 16.022, resolución del 03/03/13, reg. N° 434/13.3 Se expresó que *“En virtud de la reforma introducida por la ley 26.735 la conducta reprochada a los imputados resulta atípica, por aplicación del principio constitucional de la retroactividad de la ley más benigna, conforme el criterio sentado por la CSJN”*. Sala IV: *“EMMERT, Hipólito Mario y otros S/recurso de casación”*, causa N° 15.897, resolución del 15/03/13, reg. N° 283/13.4 *“...las sumas presuntamente evadidas no alcanzan los montos que, contemplan ahora las figuras típicas de evasión simple y de apropiación indebida de tributos contenidas en los arts. 1 y 6 de la ley 24.769, en razón de la reforma operada por la ley 26.735”*

reemplazada por una escala menor de 6 meses a 3 años de prisión. Y en tanto que la disposición legal no es una norma excepcional o temporaria, se trata, por ende, de una ley penal más benigna que debe aplicarse retroactivamente.

5. El aspecto subjetivo en el delito de lavado de activos

5.1. ¿Delitos doloso e imprudente?

5.1.1. Evolución legislativa en nuestro país. Solución adoptada.

Ley 23.737 en su artículo 25, reprimía el lavado de activos cuando estos procedían de algún delito tipificado en la propia ley. La figura delictiva fue contemplada, exclusivamente, como delito doloso.

La ley 25.246, en cambio, establecía un tipo de lavado de activos imprudente. Se hallaba previsto en el inciso 2 del art. 278, el que en su parte pertinente establecía que *"2) El que por temeridad o imprudencia grave cometiere alguno de los hechos descriptos en el inciso anterior, primera oración, será reprimido con multa del veinte por ciento (20%) al ciento cincuenta por ciento (150%) del valor de los bienes objeto del delito"*. Sin embargo este artículo fue vetado por el Poder Ejecutivo al momento de promulgar la ley¹⁵⁹. Las razones del veto surgen de los propios considerandos del referido decreto, de donde surge que *"...la extrema complejidad que pueden asumir las diferentes operaciones que constituyen la base de las conductas punibles, torna en extremo dificultosa la aplicación de un delito culposo, ya que tratándose de un tipo de los denominados "abiertos", necesita de la determinación por parte del juez del preciso y concreto deber de cuidado objeto de violación, para poder afirmar la responsabilidad culposa"*. Agrega D'ALESSIO que, aceptar la figura imprudente *"extendería de forma peligrosa la amenaza penal en una materia delicada, con innumerables consecuencias disvaliosas para la actividad económica del país"*¹⁶⁰.

Finalmente, la ley 26.683 regula el delito de lavado de activos de origen ilícito únicamente como delito doloso.

En fin, en nuestro país, el delito de lavados de activo ha sido siempre un delito de comisión dolosa. Por tanto, cualquier comportamiento imprudente configurativo del delito de lavado de activos será atípico y por ende impune.

5.1.2. Derecho comparado

En derecho comparado, el delito de lavado de activos es, mayoritariamente, doloso. En el derecho europeo continental se halla estructurado únicamente como delito doloso

¹⁵⁹ Mediante el decreto 370/2000. Entre los considerandos del citado decreto se desprenden las razones del veto: *"se considera conveniente observar el inciso 2) del artículo 278 del Código Penal, sustituido por el artículo 3º del Proyecto de Ley. Que en materia penal la regla general es la punibilidad de conductas de naturaleza dolosa, a las que, por excepción, se añaden formas de comisión culposas, en función de la necesidad de proteger debidamente los bienes jurídicos de que se trate. Que las conductas incriminadas en el inciso 1) apartado a) del artículo 278 del Código Penal aparecen como suficientes para tutelar los intereses en juego..."*.

¹⁶⁰ D'ALESSIO, Andrés, ob. citada, pág. 1420.

en países tales como Italia (art. 648 bis del Código Penal), Francia (art. 324 del Código Penal), Suiza (art. 305 bis del Código Penal). En países de Latinoamérica, el lavado de activos está tipificado únicamente como delito doloso en Brasil (art. 2º Ley N° 9.613/98 modificada por Ley 12.683/2012), Uruguay (art. 30, 31 y 32 Ley 19.574), Bolivia (art. 105 del Código Penal), Colombia (art. 323 del Código Penal), Perú (art. 1, 2 y 3 del Decreto Ley 1106), Ecuador (art. 14 Ley Orgánica de Prevención, Detección y Erradicación del Delito de Lavado de Activos y del Financiamiento de Delitos), Venezuela (art. 35 Ley Orgánica contra la delincuencia organizada y financiamiento al terrorismo), Panamá (art. 254 del Código Penal) y México (art. 400 bis del Código Penal Federal).

En cambio, hay países que regulan la comisión del delito de manera imprudente: tal es el caso de Alemania (art. 261 apartado 2 inciso 5º)¹⁶¹, España (art. 301 inciso 3º)¹⁶², Chile (art. 27 de la ley 19.913 modificada por la ley 20.119)¹⁶³ y Paraguay (art. 196 inciso 5º del Código Penal)¹⁶⁴.

5.2. ¿Dolo directo o dolo eventual?

5.2.1. Las diversas opiniones doctrinales

Para algunos autores, el aspecto subjetivo del delito de lavado de activos, solo es compatible con dolo directo. Así por ejemplo, DONNA considera que el autor “debe saber el origen de los bienes y además, tiene que tener por fin que los bienes, el dinero, adquieran la apariencia de tener un origen lícito”.¹⁶⁵ CREUS y BUOMPADRE, entienden que el delito de lavado de activos “es solo compatible con el dolo directo”¹⁶⁶ en tanto que la figura delictiva en trato “es un típico delito de intención, orientado subjetivamente hacia una finalidad concreta, consistente en que los bienes y el dinero que provienen de un delito adquieran la apariencia de que su origen es lícito”¹⁶⁷. VIRGOLINI y SILVESTRONI,

¹⁶¹ “(5) Quien en los casos del inciso 1 o 2, no reconozca por ligereza que el objeto provenga de alguno de los hechos antijurídicos descritos en el inciso 1, será castigado con pena privativa de la libertad hasta dos años o con multa”.

¹⁶² “3. Si los hechos se realizasen por imprudencia grave, la pena será de prisión de seis meses a dos años y multa del tanto al triple”.

¹⁶³ “Si el autor de alguna de las conductas descritas en las letras a) o b) no ha conocido el origen de los bienes por negligencia inexcusable, la pena privativa de libertad que corresponda de acuerdo al inciso primero o final de este artículo será rebajada en dos grados”.

¹⁶⁴ “5º El que en los casos de los incisos 1º y 2º, y por negligencia grave, desconociera la procedencia del objeto de un hecho antijurídico señalado en el numeral 1 del inciso 1º, será castigado con pena privativa de libertad de hasta dos años o con multa”

¹⁶⁵ DONNA, Edgardo Alberto, ob. citada, pág. 610. En igual sentido se expresa ABOSO para quien “el autor debe actuar con dolo directo. Ello es así porque la naturaleza y el modo de las conductas típicas reclaman que el autor conozca el origen ilícito de los bienes” (cfr. ABOSO, Gustavo E., ob. citada, pág. 1498).

¹⁶⁶ BUOMPADRE, Jorge E., ob. citada, pág. 287.

¹⁶⁷ CREUS y BUOMPADRE, explican que el delito requiere para su configuración de un elemento subjetivo de singular trascendencia, que lo convierte en un tipo configurado que reclama no solo el conocimiento del autor de que los bienes tienen un origen delictivo y la voluntad de realizar la conducta típica, sino que tales comportamientos deben estar guiados por una finalidad específica: que el dinero o los bienes adquieran una apariencia de legalidad (cfr. CREUS, Carlos W – BUOMPADRE, Jorge E., ob. citada, pág. 390). En igual sentido D’ALESSIO (cfr. D’ALESSIO, Andrés., ob. citada, pág. 1419).

compartiendo opinión con los autores recién citados, opinan que el delito, tal como está regulado admite solo dolo directo: “La complejidad de las maniobras que lo constituyen es incompatible con el dolo eventual...El lavado es una maquinación encaminada a otorgar apariencia de licitud a bienes que no lo tienen. Y como toda maquinación, requiere una subjetividad especial, en el caso dirigida a poner en circulación los bienes en el mercado bajo una nueva apariencia”¹⁶⁸. TERRAGNI, en similar sentido, expresa que “el agente debe conocer que se inserta en el mercado bienes provenientes de un ilícito penal. A ello se suma un elemento subjetivo distinto del dolo, como lo es tener como consecuencia posible que tales bienes adquieran la apariencia de un origen lícito”¹⁶⁹. Adhieren también a esta posición BROND para quien resulta imposible concebir la comisión del delito con dolo eventual pues “un delito que requiere y presupone determinados conocimientos tan precisos en el autor en lo atinente al monto, a la diversidad de las operaciones y su vinculación, solo es compatible con dolo directo”¹⁷⁰, MORELLO quien opina que “el autor con un adecuado y completo saber debe dirigir su voluntad a la producción del resultado típico. El sujeto activo debe saber el origen de los bienes y además debe tener por finalidad que los bienes adquieran la apariencia de surgir de un origen lícito”¹⁷¹ y REGGIANI quien refiere que “el autor debe saber el origen ilícito de los bienes y, además, tiene que tener por fin que los bienes adquieran la apariencia de tener un origen lícito, con lo cual se exige el dolo directo”¹⁷².

TAZZA, en una posición ecléctica, entiende que tal como está estructurado el delito se estaría indicando que la comisión se satisface con dolo eventual. Sin embargo expresa al respecto que hubiera sido “más acertado haber configurado un tipo penal que únicamente sea posible de comisión a través del denominado dolo directo, es decir, con conocimiento de que tales beneficios o ganancias provienen necesariamente de actividades delictivas y la voluntad de hacerlos confundir o de realizar las operaciones con la exclusiva finalidad de darle apariencia lícita”¹⁷³. En análogo sentido se expide D’ALBORA quien reconoce que, tal como se halla redactado el tipo penal hoy, el mismo se satisface “con cualquiera de las especies de dolo –directo de primer grado, indirecto o de segundo grado o eventual– aunque reclama, para una eventual reforma, la necesidad de exigir dolo directo”¹⁷⁴.

Por el contrario, hay otros autores para quienes bastara dolo eventual para tener configurado el aspecto subjetivo del delito. TROVATO opina que es “suficiente que el

¹⁶⁸ VIRGOLINI, Julio y SILVESTRONI, Mariano., ob. citada, págs. 281/282.

¹⁶⁹ TERRAGNI, Marco Antonio. “Manuel de Derecho Penal” Parte General y Especial. Ed. La Ley, Buenos Aires, 2014, pág. 1100.

¹⁷⁰ BROND, Leonardo G. “Análisis del dolo dentro del lavado de activos de origen delictivo a la luz de los criterios sentados por la legislación, doctrina y jurisprudencia alemana” en RUBINSKA, Ramiro y SCHURJIN ALMÉNAR, Daniel (Coordinadores) “Derecho Penal Económico”, tomo II. Ed. Marcial Pons, Buenos Aires, 2010, pág. 1203.

¹⁷¹ MORELLO, Agustín, ob. citada, pág. 150

¹⁷² REGGIANI, Carlos, trabajo bibliográfico citado.

¹⁷³ TAZZA, Alejandro, ob. citada. pág. 571.

¹⁷⁴ D’ALBORA, Francisco J (h), ob. citada, págs. 144/145.

autor del delito de lavado tenga dolo eventual¹⁷⁵. Del mismo modo se expiden FONTAN BALESTRA y LEDESMA¹⁷⁶, CORDOBA¹⁷⁷, DURRIEU FIGUEROA¹⁷⁸, LLERENA¹⁷⁹, RODRIGUEZ VILLAR y BERMEJO¹⁸⁰, CEVASCO¹⁸¹, FALCONE y SIMAZ¹⁸², BLANCO¹⁸³, GENE¹⁸⁴, MEINCKE¹⁸⁵. En abono a esta posición, debemos indicar que ha sido el propio legislador, al momento del acalorado debate que antecedió el dictado de la ley 25.246, quien expresó que “basta con el mero dolo eventual, en tanto los datos a partir de los cuales el autor extrae la convicción de la posibilidad sean serios”¹⁸⁶.

5.2.2. Los criterios jurisprudenciales locales y extranjeros

La jurisprudencia Nacional, casi de manera unánime, entiende que a los efectos del aspecto subjetivo, basta el dolo eventual. Así fue resuelto, en su momento, por la Cámara Nacional de Casación Penal en el fallo “ORENTRAJCH”: “no es necesario que el autor o quienes participan en un proceso de lavado, tengan la concreta finalidad de darle a los bienes una apariencia de licitud; basta con que el autor sepa que con su acción puede ser que los bienes ilícitos adquieran aquel carácter (...)”¹⁸⁷. Más recientemente, la Sala IV del mismo órgano jurisdiccional se despachó en forma

¹⁷⁵ TROVATO, Gustavo F. “Comentario al art. 303...”, ob. citada, pág. 577.

¹⁷⁶ “Admite dolo eventual” concluyen los autores (cfr. FONTAN BALESTRA, Carlos – LEDESMA, Guillermo A. C., ob. citada, pág. 620).

¹⁷⁷ “Se satisface con cualquier clase de dolo, esto es, dolo directo, dolo de consecuencias necesarias) o directo de segundo grado) y dolo eventual” (cfr. CORDOBA, Fernando J., ob. citada, pág. 35).

¹⁷⁸ “Los delitos dolosos de LD deben permitir un nivel de flexibilidad en canto al conocimiento y la intención de los autores, admitiendo tanto el dolo directo (intención/conocimiento) como el dolo eventual (sospecha real/ceguera intencional)” (cfr. DURRIEU FIGUEROA, Roberto. “La ganancia económica del delito. Lavado de dinero, decomiso y financiamiento del crimen organizado y del terrorismo”. Ed. Marcial Pons, Buenos Aires, 2017, pág. 407).

¹⁷⁹ “Esta forma de descripción típica desecha la necesidad de que el autor o quienes participan en un proceso de lavado, tengan la concreta finalidad de darle a los bienes una apariencia de licitud; basta con que el autor sepa que con su acción puede ser que los bienes ilícitos adquieran aquel carácter” (cfr. LLERENA, Patricia. “El delito de lavado de dinero”, pág. 81, en “Combate al Lavado de Dinero en los Sistemas Judiciales”, CICAD/OEA-SEDRONAR, 2002)

¹⁸⁰ Estos autores afirman que “El tipo penal se satisface tanto con dolo directo, es decir, con la voluntad del autor que quiere directamente la producción del resultado típico..., como con dolo eventual, es decir con aquella voluntad del autor en donde el resultado...se lo acepta como posibilidad” (cfr. RODRIGUEZ VILLAR, Pacifico y BERMEJO Mateo Germán., ob. citada, pág. 110).

¹⁸¹ Afirma que citado que el autor “puede actuar con dolo directo o con dolo eventual cuando su finalidad no fuera exactamente la transformación de lo ilícito en lícito, pero advierte esa posibilidad como consecuencia de sus actos y no le importe que ello ocurra” (cfr. CEVASCO, Luis Jorge. “Encubrimiento y Lavado de dinero”. Ed. Di Placido, Buenos Aires, 2002, pág. 54).

¹⁸² Al afirmar que “basta con dolo eventual” (cfr. FALCONE, Roberto A y SIMAZ, Alexis L., ob. citada, pág. 213).

¹⁸³ “...basta con un conocimiento de alta probabilidad de existencia de un hecho o circunstancia que califique como delictiva a la conducta” (cfr. BLANCO, Hernán, ob. citada, pág. 222).

¹⁸⁴ GENE, Gustavo E. “La ley 25.246 de lavado de dinero y sus modificaciones. Alcances y limitaciones” en GENE, Gustavo E - CASANOVAS, Marcelo A – CAMERINI, Marcelo A y de MAGALHAES, Mario. “Legitimación de activos ilícitos”. Ed. Ad-hoc, Buenos Aires, 2010, pág. 55.

¹⁸⁵ MEINCKE, María José. “Ley 25.246 de lavado de activos de origen delictivo”. Ed. Ad-hoc, Buenos Aires, 2006, pág. 26.

¹⁸⁶ Antecedentes parlamentarios de la Ley 25.246. Del dictamen de la mayoría. Disponible en <https://www.mpf.gov.ar/biblioteca/buscador-de-antecedentes-parlamentarios/?texto=ley%2025246>

¹⁸⁷ Cámara Nacional de Casación Penal, Sala I, autos: “ORENTRAJCH, Pedro y otro S/ Recurso de Casación”, causa Nro. 6754, sentencia del 21/03/2006, reg. 8622.

coincidente: “En cuanto a la tipicidad subjetiva del delito de lavado de activos, [...] el autor puede actuar con dolo directo o con dolo eventual”¹⁸⁸. Asimismo, el criterio de que el autor puede actuar con dolo directo o con dolo eventual se confirma en tribunales y juzgados de todo el país¹⁸⁹.

Existen algunos pronunciamientos aislados que exigen, en la faz subjetiva, el dolo directo como única forma posible de comisión. Así se ha expedido la Sala B de la Cámara Federal de Córdoba al expresar que “...el autor debe tener la intención de darles apariencia de licitud a los bienes de ilícita proveniencia que recibe...”¹⁹⁰. En análogo sentido ha dicho que “el delito de lavado de dinero es un típico delito de intención, orientado subjetivamente hacia una finalidad concreto...Por lo tanto, solo es compatible con dolo directo”¹⁹¹.

En lo que respecta a la jurisprudencia extranjera, el Superior Tribunal Español también admite “... la aplicación del dolo eventual en los delitos de blanqueo...”¹⁹².

¹⁸⁸ Cámara Federal de Casación Penal, Sala IV, autos: “ÁLVAREZ, Guillermo y otros s/recurso de casación”, causa Nro. 17147/2008/30/CFC2 del 12/06/2015.

¹⁸⁹ **Cámara Federal de Tucumán**, autos: “ALE Rubén E. y Otros s/ Infracción art. 303 y asociación ilícita, Querellante: UIF, causa Nro. 32191/2013 del 01/04/2015. En igual sentido **Tribunal Oral Penal Económico 2**, autos: “BOGARIN, Florencio Carlos; LÉRTORA, Ariel Alejandro; RUIDIAZ, Gerardo y MONTAÑANA, Fabio Germán s/ contrabando de estupefacientes e inf. art. 303 incs. 1° y 3° del CP”, causa Nro. 60/2013/TO1, del 07/08/2015 – **Juzgado en lo Criminal y Correccional Federal N° 7, Secretaría N° 13 de Capital Federal**, autos: “BAEZ, Lázaro Antonio y otros S/ Encubrimiento y otros”, causa Nro. 3017/13 del 18/04/2016 – **Juzgado en lo Criminal y Correccional Federal N° 4, Secretaria N° 8, de Capital Federal** autos: “DROGUERIA URBANA y otros S/lavado de activos”, causa Nro. 11.912/2008 del 23/06/2016 – **Juzgado en lo Criminal y Correccional Federal N° 3, Secretaria N° 8 de Mar del Plata**, autos: “MARISCAL Juan Manuel y otros s/ Inf. ley 23.737”, causa Nro. 32006228/2013 del 07/10/2016 – **Juzgado en lo Criminal y Correccional Federal N° 2 de Lomas de Zamora**, autos: “TOMELO, Carlos Daniel S/ Legajo de investigación”, causa Nro. 38710/2016/1 del 29/03/2017 – **Juzgado en lo Criminal y Correccional Federal N° 8, Secretaria N° 16 de Capital Federal**, autos: “DE VIDO Julio y Otros S/ Defraudación contra la administración Pública”, causa Nro. 6204/2011 del 15/08/2017 – **Juzgado en lo Criminal y Correccional Federal N° 1, Secretaria N° 2 de Quilmes**, autos: “MEDINA, Juan Pablo y Otros S/ Infracción art. 303-extorsion-asociacion ilícita y otros”, causa Nro. 55652/2017 del 12/10/2017 – **Juzgado en lo Criminal y Correccional Federal N° 3, Secretaria N° 10 de Morón**, autos: “DOLCET, Mateo Corvo y otros S/ Infracción art. 303”, causa Nro. 45/2017 del 17/10/2017 – **Cámara Federal de Capital Federal, Sala I**, autos: “FERNANDEZ, Cristina Elisabet y otros s/procesamiento”, causa Nro. 732/2016/49/CA9 del 30/11/2017 – **Cámara Federal de Capital Federal, Sala II**, autos: “UIF s/ Sobreseimiento”, causa Nro. 322/2010/CA10 del 08/02/2011 - **Juzgado en lo Criminal y Correccional Federal N° 10, Secretaria N° 19 de Capital Federal**, autos: “FERNÁNDEZ, Cristina y otros S/ Abuso de autoridad y violación de los deberes de funcionario público”, causa Nro. 11352/2014 del 14/05/2018 - **Juzgado en lo Criminal y Correccional Federal N° 3, Secretaria N° 8 de Mar del Plata**, autos: “Denunciado: ROLAFSA S.R.L. y Otros S/ Infracción Art. 303 y Evasión simple tributaria, Querellante: UIF”, causa Nro. 17213/2015, del 14/05/2018.

¹⁹⁰ Cámara Federal de Córdoba, Sala B, autos: “Legajo de Apelación de RODRIGO, Eduardo Daniel y Otros en autos: “RODRIGO, Eduardo Daniel y otros por/Asociación Ilícita, Defraudación por retención indebida y Defraudación por desbaratamiento”, Causa Nro FCB 5650/2014/74/CA35, sentencia del 11/12/2017.

¹⁹¹ Juzgado en lo Criminal y Correccional Federal N° 2 de Tucumán, autos: “UIF S/ Denuncia”, causa Nro. 32191/2013 del 20/12/2013.

¹⁹² STS 4292/2017 sentencia del 24/11/2017. En igual sentido STS 286/2015 sentencia del 19/05/2015; 801/2010 sentencia del 23/09/2010; 483/2017 sentencia del 04/06/2007; 457/2007 sentencia del 29/05/2007; 390/2007 sentencia del 26/04/2006; 289/2006 sentencia del 15/03/2006; 202/2006 sentencia del 02/03/2006; 1070/2003 sentencia del 22/07/2003; 2545/2001 sentencia del 4/01/2001.

Del mismo modo se pronuncia la Suprema Corte de Justicia de Uruguay “*La fórmula legal uruguaya, [...] permite entonces, al no requerir ningún elemento subjetivo del tipo (o dolo específico) la imputación a dolo eventual...*”¹⁹³.

En el mismo sentido se ha expedido la Corte Suprema de Justicia de Perú “*En cuanto a la tipicidad subjetiva de los delitos de lavado de activos, la construcción normativa que se utiliza en los artículos 1° y 2° de la Ley 27765 permite identificar solamente delitos dolosos. El dolo, sin embargo, con el que debe actuar el agente, incluye también la modalidad de eventual...*”¹⁹⁴.

Por último, la Corte Suprema de Justicia de Colombia, sigue los lineamientos hasta el momento visto “*Habrà que deducir de los elementos objetivos que arrojan las probanzas a fin de establecer si el procesado conocía los hechos constitutivos de la infracción penal y quería su realización, cuando se trata de dolo directo, o también si previó como probable la realización de la infracción penal y su no producción la dejó librada al azar, en el caso del dolo eventual*”¹⁹⁵.

5.3. Toma de posición

Tal como lo expusieramos, la evolución legislativa en nuestro país en relación al delito de lavado de activos pone en evidencia que, siempre se pensó a la figura penal como un delito doloso, salvo el intento por parte del legislador de tipificar una figura imprudente como ocurrió con la ley 25.246.

En cuanto al tipo de dolo y si bien reconozco que la norma no utiliza la preposición “para” o “con el fin de...” soy de la opinión de que el tipo penal solo se cumple, en su aspecto subjetivo, con dolo directo. El autor del delito, además de conocer el origen ilícito de los bienes sobre los que actúa, debe procurar con su conducta la puesta en circulación en el mercado a través de acciones que tengan aptitud suficiente para provocar como “consecuencia posible... que los bienes... adquieran la apariencia” de haber sido obtenidos a partir de actividades lícitas¹⁹⁶. El programa delictivo ideado por el agente lavador, debe tener una finalidad especial: acudir a mecanismos idóneos para otorgar apariencia de licitud a los bienes que pretende ingresar en el sistema económico legal. El autor debe tener la voluntad de introducir activos ilícitos en el mercado y la voluntad de ingresarlos a través de conductas que tengan la capacidad de “maquillar” el origen maculado de los bienes. Este plan delictivo solo es compatible con dolo directo.

¹⁹³ Suprema Corte de Justicia de Uruguay, autos “AA – Un delito continuado de lavado de activos S/ Casación Penal”, causa Nro. 106-339/2007 sentencia del 18/11/2013, reg. Nro. 549/2013

¹⁹⁴ Acuerdo Plenario de las Salas Permanente y Transitoria N° 3-2010/CJ-116, de fecha 16/11/2010. Considerando 17.

¹⁹⁵ Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Penal, Causa No 27618 seguida contra GUTIÉRREZ QUINTERO, Hugo Yesid como coautor del delito de lavado de activos, sentencia del 10/06/2009.

¹⁹⁶ Explica PONCE que “una de las características más relevantes de este delito es la intención de dar apariencia de legalidad a los fondos de procedencia delictiva” (cfr. PONCE, Juan Cruz, ob. citada, pág. 59)

Además, reforzando esta opinión, los instrumentos internacionales rectores en la tocante, tal como la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas (Convención de Viena de 1988) como la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (Convención de Palermo de 2000) no exigen, que el aspecto subjetivo del delito se satisfaga con dolo eventual. Por el contrario, las propias Convenciones (hard law) hacen expresa referencia al dolo directo¹⁹⁷.

5.3.1. El dolo respecto del objeto material: el conocimiento del origen ilícito de los bienes (conocer el hecho precedente).

El lavado de activos es un delito subjetivamente configurado que requiere “el conocimiento del autor de que los bienes tienen un origen delictivo”¹⁹⁸. Para ello, el autor de la conducta debe tener conocimiento efectivo del delito previo, del cual provienen los bienes espurios. La doctrina se ha pronunciado al respecto, afirmando que “el conocimiento ha de recaer sobre la comisión de un delito previo, que se conecta con la procedencia delictiva de los bienes”¹⁹⁹. Omar ORSI es concluyente al afirmar que “la naturaleza delictiva del evento que genera el producto: eso y solo esto es lo que debe conocer el lavador”²⁰⁰. El aspecto subjetivo del tipo penal exige “el conocimiento sobre el delito previo del que provienen los activos...”²⁰¹. Este conocimiento debe existir al momento en que se llevan a cabo la conducta típica. El dolo *subsequens* (posterior) convierte al comportamiento en atípico.

En definitiva, el conocimiento de la procedencia delictiva de los activos, requiere que el autor conozca el hecho ilícito previo del cual provienen. Solo con ese conocimiento, este aspecto del tipo se ve configurado.

¹⁹⁷ En idéntico sentido SACCANI (cfr. SACCANI, Raúl. “La investigación y prueba del lavado de activos” en BERTAZZA Humberto J y D’ALBORA Francisco J, “Tratado de lavado de activos y financiación del terrorismo: prevención, investigación y represión”, tomo III. Ed. La Ley, Buenos Aires, 2012, pág.146).

En este sentido la Convención de Viena de 1988 en su art. 1 recomienda “adoptar las medidas que sean necesarias para tipificar como delitos penales en su derecho interno, cuando se cometan intencionalmente: ... La conversión o la transferencia de bienes a sabiendas de...” (punto b.I) o “La ocultación o el encubrimiento de la naturaleza, el origen, la ubicación, el destino, el movimiento o la propiedad reales de bienes, o de derechos relativos a tales bienes, a sabiendas de...” (punto b.II) o “La adquisición, la posesión o la utilización de bienes, a sabiendas...” (punto c.I). El destacado me pertenece.

La Convención de Palermo de 2000, establece en su art. 6° que “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 cometan intencionalmente: a) i) La conversión o la transferencia de bienes, a sabiendas ...ii) La ocultación o disimulación de la verdadera naturaleza, origen, ubicación, disposición, movimiento o propiedad de bienes o del legítimo derecho a éstos, a sabiendas ...; b)....i) La adquisición, posesión o utilización de bienes, a sabiendas...”. El destacado me pertenece

¹⁹⁸ CREUS, Carlos W – BUOMPADRE, Jorge E., ob. citada, pág. 394. En igual sentido entre muchos otros CORDOBA (cfr. CORDOBA, Fernando J., ob. citada, pág. 47).

¹⁹⁹ BLANCO CORDERO, Isidoro, ob. citada, pág. 790.

²⁰⁰ ORSI, Omar G., ob. citada, pág. 652.

²⁰¹ GARCIA CAVERO, Percy. “El Delito de Lavado de Activos”. Editorial BdeF, Montevideo, 2016, pág. 119.

Huelga aclarar que, resultara necesario probar el aspecto cognitivo en torno al hecho ilícito subyacente cuando el autor del delito de lavado de activos, no ha intervenido en el hecho delictivo previo, es decir en aquellos casos donde el lavado de dinero es ejecutado por terceras personas (en inglés: *third party money laundering operation*). Ello es así en tanto que, si el caso investigado constituye un supuesto de autolavado —el autor del delito de lavado a su vez ha tenido participación en el delito previo—, el conocimiento del origen ilícito de los bienes se encuentra acreditado con la intervención en el hecho delictivo previo²⁰².

5.3.2. El dolo respecto a la acción típica: el conocimiento sobre la aptitud maquilladora de la conducta típica

No basta, desde mi óptica, para completar el aspecto subjetivo del delito, que el autor tenga conocimiento del origen ilícito de los bienes involucrados en la maniobra de lavado. Además es necesario que el agente tenga conocimiento que la maniobra escogida, mediante la cual pondrá en circulación los activos mal habidos, sea idónea para encubrir o maquillar ese origen ilícito, pues dicha acción debe tener como “consecuencia posible que el origen de los bienes originarios o los subrogantes adquieran la apariencia de un origen lícito”.

Tal como afirman CREUS y BUOMPADRE, el delito de lavado de activos “es un típico delito de intención, orientado subjetivamente hacia una finalidad concreta, consistente en que los bienes y el dinero que provienen de un delito adquieran la apariencia de que su origen es lícito”²⁰³. La probabilidad de que los activos adquieran apariencia de licitud únicamente puede alcanzarse cuando, en el plan delictivo, el autor opta por una maniobra objetiva y racionalmente apta para ocasionar el resultado querido.

De más está agregar que, este aspecto subjetivo ha de acreditarse, tanto para cuando el autor del hecho de lavado ha tenido participación en el delito previo, como para aquellos casos donde el autor sea tercero ajeno a dicho evento antecedente.

6. La actividad ilícita subyacente (el “delito previo”)

6.1. Su trascendencia

Para que concurra una conducta de lavado de activos, resulta ineludible e imprescindible la previa comisión de un ilícito penal que haya “producido un beneficio

²⁰² Si el autor del delito de lavado ha participado en el delito precedente, el conocimiento del origen ilícito lo brinda la participación en el hecho antecedente.

²⁰³ CREUS, Carlos W – BUOMPADRE, Jorge E., ob. citada, pág. 394. Explican los autores que el delito requiere para su configuración de un elemento subjetivo de singular trascendencia, que lo convierte en un tipo configurado que reclama no solo el conocimiento del autor de que los bienes tienen un origen delictivo y la voluntad de realizar la conducta típica, sino que tales comportamientos deben estar guiados por una finalidad específica: que el dinero o los bienes adquieran una apariencia de legalidad. En igual sentido D’ALESSIO (cfr. D’ALESSIO, Andrés., ob. citada, pág. 1419).

económico²⁰⁴. Los bienes, objeto de maniobras de lavado, deben provenir de un hecho ilícito²⁰⁵. Y para que los bienes procedan de un delito previo es necesario que este se haya cometido con anterioridad. Tal como afirma BLANCO CORDERO, “ha de existir como requisito imprescindible, un nexo entre el objeto del blanqueo y una actividad delictiva previa”²⁰⁶. Es por lo tanto, “un requisito insoslayable del tipo objetivo la existencia de una infracción penal anterior al desarrollo de la conducta de lavado”²⁰⁷. La jurisprudencia es conteste al respecto, en afirmar que “los activos –dinero o bienes– deben provenir de un delito... De ello se infiere la necesaria existencia de un delito previo”²⁰⁸.

Por otra parte, el delito de lavado de dinero exige la presencia de un hecho previo en el que concurren, al menos, la tipicidad y la antijuricidad. “No hace falta que el hecho anterior del cual provienen los bienes haya sido un hecho culpable y punible”²⁰⁹. De modo que, “para colmar el presupuesto necesario de delito, basta con un comportamiento típico contrario al ordenamiento jurídico que no se halle amparado por una causa de justificación”²¹⁰. En otras palabras, resulta suficiente un injusto penal²¹¹. Esta cuestión también ha sido tratada por la jurisprudencia de nuestro país: “Basta, a los fines de investigar y en su caso castigar, que se haya demostrado... que el primer hecho era típico y antijurídico”²¹².

Asimismo, solo puede ser hecho precedente del delito de lavado, un ilícito penal. “El hecho del cual provengan los bienes debe ser una conducta penalmente tipificada, sean en el código sustantivo de la materia o en alguna otra norma especial...”²¹³. “De modo

²⁰⁴ VIRGOLINI, Julio y SILVESTRONI, Mariano., ob. citada, pág. 252. En igual sentido SACCANI: “El delito de lavado de activos requiere que previamente se haya cometido otro delito, cuya realización haya generado una ganancia ilegal...” (cfr. SACCANI, Raúl, ob. citada, pág. 143).

²⁰⁵ Para determinar si un bien procede o no de un ilícito previo se recurre a la teoría de la equivalencia de las condiciones o también denominada teoría de “conditio sine qua non”. En este sentido, un bien procede de un hecho delictivo previo, cuando suprimiendo mentalmente tal hecho previo, el bien desaparecería en su concreta configuración o titularidad económica, es decir si suprimimos mentalmente la actividad o el hecho delictivo previo el bien no se encontraría en el patrimonio del sujeto (cfr. BLANCO CORDERO, Isidoro, ob. citada, pág. 441).

²⁰⁶ BLANCO CORDERO, Isidoro, ob. citada, pág. 345.

²⁰⁷ CUNERO LIBARONA, Mariano (h). El delito de lavado de dinero: la existencia de un delito previo y su prueba. Garantías constitucionales. Ed. Ad-hoc, Buenos Aires, 2009, pág. 16.

²⁰⁸ Cámara Federal de Casación Penal, Sala IV, autos “ALVAREZ, Guillermo y otros s/ Recurso de casación”, causa Nro. 17147/2008/30/CFC2, sentencia del 12/06/2015, entre muchos otros.

²⁰⁹ CORDOBA, Fernando J., ob. citada, pág. 135. En idéntico sentido REBOLLO VARGAS, Rafael, ob. citada, pág. 169.

²¹⁰ CAPPAROS, Eduardo Fabián. “El delito de...”, ob. citada, pág. 129. En idéntico sentido se expide CORDOBA (cfr. CORDOBA, Fernando J., ob. citada, pág. 135), BUOMPADRE (cfr. BUOMPADRE, Jorge E., ob. citada, pág. 282/283).

²¹¹ PESSOA define al injusto penal como “conducta antinormativa (típica) no justificada (antijurídica)” (cfr. PESSOA, Nelson R. “Injusto Penal y tentativa. Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2007, pág. 106).

²¹² Cámara Nacional de Casación Penal, Sala I, autos: “ORENTRAJCH, Pedro y otro S/ Recurso de Casación”, causa Nro. 6754, sentencia del 21/03/2006, entre otros tantos. Recientemente se ha pronunciado en sentido semejante la Cámara Federal de Corrientes, en autos: “ZAPPA, Leonel Elías, GAVARONE, Sebastián, AGUIRRE, Ricardo S/ Infracción art. 303”, causa Nro. 3084/2016/76, sentencia del 07/06/2018.

²¹³ BARRAL, Jorge E. “Legitimación de bienes provenientes de la comisión de delitos”. Ed Ah-hoc, Buenos Aires, 2003, pág. 183. En idéntico sentido CORDOBA (cfr. CORDOBA, Fernando J., ob. citada, pág. 137).

que los ilícitos administrativos, civiles o comerciales no resultan idóneos para cometer el delito²¹⁴.

Además, el hecho ilícito previo debe haberse cometido efectivamente. Razón por la cual “no quedan alcanzados por la norma los delitos putativos ni los delitos simulados”²¹⁵.

En fin, sin hecho ilícito penal previo del cual provengan activos, no hay delito de lavado de activos posible. De allí su trascendencia.

6.2. La naturaleza jurídica del “hecho ilícito previo”.

6.2.1 Distintas posiciones. ¿Elemento normativo del tipo o condición objetiva de punibilidad? Opinión personal.

Es nuestro país, es coincidente y unánime la doctrina, en cuanto a que el conocimiento del delito previo –y por ende el conocimiento del origen ilícito de los bienes– integra los elementos objetivos del tipo, que exige la conducta dolosa. BARRAL expresa que “el requisito del conocimiento de la existencia de un delito previo del cual provienen los bienes resulta ser, un elemento normativo del tipo...”²¹⁶. ORSI, al respecto afirma que, “el delito previo es un elemento indispensable... del tipo objetivo, debe encontrarse entonces comprendido en el tipo subjetivo, mas especialmente, como elemento cognoscitivo del dolo”²¹⁷. Del mismo modo se expresa D’ALBORA al manifestar que “el delito determinante o subyacente, integra el conocimiento de los elementos del tipo objetivo, que demanda el tipo subjetivo doloso”²¹⁸. En sentido análogo se pronuncian GARCIA CAVERO²¹⁹, CESANO²²⁰, TAZZA²²¹ y SECCANI²²².

Hay una opinión muy minoritaria –sobre todo en la doctrina alemana–, que opina que el conocimiento de la actividad delictiva previa es una condición objetiva de punibilidad²²³.

En lo personal, adhiero a la posición unánime existente en nuestro país. El conocimiento por parte del autor de la actividad delictiva previa de la cual derivan los activos “lavados o a lavar” es un elemento normativo del tipo objetivo que debe ser abarcado por el dolo del autor.

²¹⁴ FALCONE, Roberto A y SIMAZ, Alexis L., ob. citada, pág. 212.

²¹⁵ BUOMPADRE, Jorge E., ob. citada, pág. 282.

²¹⁶ BARRAL, Jorge E., ob. citada, pág. 217.

²¹⁷ ORSI, Omar G., ob. citada, pág. 641.

²¹⁸ D’ALBORA Francisco J (h)., ob. citada, pág. 141

²¹⁹ “La procedencia delictiva de los activos constituye un aspecto normativo del tipo, el autor debe conocer este aspecto del hecho” (cfr. GARCIA CAVERO, Percy, ob. citada, pág. 118).

²²⁰ “Será necesario que el autor conozca la procedencia delictiva de los bienes objeto de reciclaje. Este requisito (conocimiento de la existencia del delito antecedente del cual derivan los bienes) abraza, por consiguiente, el elemento normativo del tipo.” (cfr. CESANO, José Daniel. “Error de Tipo, Criminalidad Económica y Delito de Lavado de Activos de Origen Delictivo” en <http://ciidpe.com.ar/area1/blanqueo.pdf>)

²²¹ “El delito exige como elemento normativo propio la acreditación de un nexo entre el objeto del blanqueo ilegal y un delito previo” (cfr. TAZZA, Alejandro, ob. citada, pág. 568).

²²² “El delito precedente es un elemento objetivo del tipo penal y como tal debe ser abarcado por el dolo” (cfr. SACCANI, Raúl, ob. citada, nota 132 a pie de pág. 146).

6.3. Clases de ilícitos precedentes (Tipos)

6.3.1. Sistemas posibles

Del análisis de la normativa internacional, se puede evidenciar dos modelos para identificar los ilícitos previos del cual deben proceder los activos objeto de maniobras de lavado: un modelo de “*numerus clausus*” que limita los ilícitos precedentes acudiendo a una enumeración precisa y detallada de ilícitos –sistema de catálogo– o a una categoría de ilícitos –sistema de categoría de ilícitos– y un modelo de “*numerus apertus*”.

En el modelo de “*numerus clausus*” hay dos sistemas: el sistema denominado “catálogo de delitos” el cual acude a un inventario de ilícitos penales del que deben provenir los bienes objeto del delito o el sistema denominado “categoría de delitos” el cual recurre a una categoría de delitos, acudiendo principalmente al concepto de “delitos graves”. En este último sistema, será delito precedente aquella infracción penal que tenga –por ejemplo– una pena mínima o máxima determinada²²⁴. Este sistema es el exhortado por la Convención de Palermo de 2000²²⁵ y por el GAFI²²⁶.

Puede advertirse que los sistemas examinados limitan los ilícitos precedentes ya sea a una enumeración cerrada de ilícitos o a una categoría de infracciones penales –delitos graves–. Un bien que derive de un hecho ilícito no catalogado o no considerado “delito grave” no será objeto idóneo para el delito de lavado de activos, razón por la cual la conducta quedara impune. La crítica que suele formularse a estos sistemas es que pueden existir hechos ilícitos, generadores de ganancias apreciables económicamente que, al no estar incluidos en el catálogo o no en la definición de delito grave, van a quedar impunes.

Por el contrario, en el modelo de “*numerus apertus*”, todas las infracciones penales son considerados posibles ilícitos previos y en consecuencia cualquier bien que provenga de un ilícito penal será objeto idóneo del delito de lavado de activos.

SOUTO –en referencia a la regulación penal española²²⁷– es crítico a la ampliación ilimitada. Para este autor se “quebranta el principio de intervención mínima, limita la eficacia de la norma al comprender hasta los delitos de bagatela, incrementa los costes sociales de forma intolerable y vulnera la consideración del derecho penal como última

²²³ Así se expresa ACKERMANN: parte este autor de que una condición objetiva de punibilidad es una circunstancia que sobreviene después o como consecuencia de una acción y no necesita estar abarcada por el dolo (citado por BLANCO CORDERO, Isidoro, ob. citada, pág. 373).

²²⁴ Vgr: Será delito precedente todo aquel que tenga un pena mínima de tantos años o una pena máxima de al menos tantos años.

²²⁵ La Convención de Palermo establece que “...Cada Estado Parte incluirá como delitos determinantes todos los **delitos graves** definidos en el artículo 2 de la presente Convención...”, estableciendo en el artículo 2 que por “...delito grave se entenderá la conducta que constituya un delito punible con una privación de libertad **máxima de al menos cuatro años o con una pena más grave...**”.

²²⁶ En las recomendaciones del GAFI se establece que “3. ... Los países deben tipificar el lavado de activos en base a la Convención de Viena y la Convención de Palermo. Los países deben aplicar el delito de lavado de activos **a todos los delitos graves**, con la finalidad de incluir la mayor gama posible de delitos determinantes...”.

²²⁷ Similar a la regulación legal Argentina.

ratio²²⁸. Por el contrario, BLANCO CORDERO se halla a favor de ampliar las infracciones precedentes a todos los ilícitos. Afirma este autor que, de esta forma “se evitan las lagunas que pueden resultar de la remisión de determinados delitos, ya sea en forma de catálogo, y sea a una clase de ellos como los de carácter grave, que podría reorientar la criminalidad organizada hacia otras actividades delictivas generadoras de grandes ganancias, pero no subsumibles en los delitos de referencia²²⁹”.

6.3.2. La solución adoptada por nuestro país

La regulación legal argentina ha adoptado un sistema de “*numerus apertus*”, tal como se desprende del artículo 303 del C.P. Dicha norma establece que objeto del delito de lavado de activos serán los bienes que provengan “*de un ilícito penal*”.

La ley 26.683 no limita los ilícitos penales subyacentes a una determinada categoría o listado de delitos, por lo que cualquier infracción penal que produzca ganancias – apreciables económicamente– podrá convertirse en delito precedente, incluso, tal como refiere Riquert, “si el delito precedente es también de lavado de activos (lavado en cadena)”²³⁰.

Sin perjuicio de lo expuesto, cabe agregar que hubo intentos para adoptar un sistema de *numerus clausus*, tal como el “Anteproyecto de ley propuesto contra el lavado de activos de origen ilícito elaborado por la Comisión Mixta (creada por decreto PEN 1849/90) que preveía un sistema de catálogo (cfr. art. 3 del anteproyecto).

6.3.3. Soluciones adoptadas en Derecho comparado

Hay países que han adoptado un sistema de catálogo para establecer los delitos precedentes del lavado de activos. Tal es el caso de Alemania²³¹, Chile²³², Paraguay²³³,

²²⁸ SOUTO, Miguel Abel. “Década y media de vertiginosa política criminal en la normativa penal española contra el blanqueo: análisis de los tipos penales contra el blanqueo desde su incorporación al Texto punitivo español en 1988 hasta la última reforma de 2003”. En *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, N° 20, 2005, págs. 5-26.

²²⁹ BLANCO CORDERO, Isidoro, ob. citada, pág. 378.

²³⁰ RIQUEERT, Marcelo., ob. citada, pág. 263.

²³¹ “1. Crímenes 2. delitos conforme a: a) § 332 inciso 1, también en conexión con el inciso 3 y el § 334 b) § 29 inciso 1 frase 1 numeral 1 de la Ley de Estupefacientes y el § 29 inciso 1 numeral 1 de la Ley de vigilancia de Materias Básicas 3. Delitos según el § 373 y cuando el autor actúe profesionalmente según el § 374 de la Ley general tributaria, también en conexión con el § 12 inciso 1 de la Ley para la ejecución de las Organizaciones Comunes de Mercado, 4. Delitos 92 a) según los § 180b, 181a, 242, 246, 253, 258, 263 a 264, 266, 267, 269, 284, 326 inciso 1, 2 y 4 así como el § 328 inciso 1, 2 y 44, b) según el § 92 a de la Ley para extranjeros y del § 1 84 de la Ley de Procedimientos para Asilados, que hayan sido cometidos profesionalmente o por un miembro de la banda que se ha asociado para la comisión continuada de tales hechos, y 5. Delitos cometidos por un miembro de una asociación criminal (§ 129)...” (cfr. Art. 261 del Código Penal).

²³² “...hechos constitutivos de alguno de los delitos contemplados en la ley N° 20.000, que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas; en la ley N° 18.314, que determina las conductas terroristas y fija su penalidad; en el artículo 10 de la ley N° 17.798, sobre control de armas; en el Título XI de la ley N° 18.045, sobre mercado de valores; en el Título XVII del decreto con fuerza de ley N° 3, del Ministerio de Hacienda, de 1997, ley General de Bancos; en el artículo 168 en relación con el artículo 178, N° 1, ambos del decreto con fuerza de ley N° 30, del Ministerio de Hacienda, de 2005, que aprueba el texto refundido, coordinado y sistematizado del decreto con fuerza de ley N° 213, del Ministerio de Hacienda, de 1953, sobre Ordenanza de Aduanas; en el inciso segundo del artículo 81 de la ley N° 17.336, sobre propiedad intelectual; en

Bolivia²³⁴, Colombia²³⁵, Panamá²³⁶ y Uruguay²³⁷. En estos países se acude a una enumeración taxativa de delitos que pueden considerarse ilícito precedente.

los artículos 59 y 64 de la ley Nº 18.840, orgánica constitucional del Banco Central de Chile; en el párrafo tercero del número 4º del artículo 97 del Código Tributario; en los párrafos 4, 5, 6, 9 y 9 bis del Título V y 10 del Título VI, todos del Libro Segundo del Código Penal; en los artículos 141, 142, 366 quinquies, 367, 374 bis, 411 bis, 411 ter, 411 quáter, 411 quinquies, y los artículos 468 y 470, Nº 8, ambos en relación al inciso final del artículo 467 del Código Penal...” (cfr. Art. 27 Ley 19913 modificada por ley 20119).

²³³ “...objeto proveniente de a) un crimen; b) un hecho punible realizado por un miembro de una asociación criminal prevista en el artículo 239, c) un hecho punible señalado en la Ley Nº. 1.340/88, artículos 37 al 45;...” (cfr. Art. 196 del Código Penal).

²³⁴ “...infracciones penales especificadas en el Anexo I de este Código” (cfr. Art. 105 del Código Penal)

²³⁵ “...actividades de extorsión, enriquecimiento ilícito, secuestro extorsivo, rebelión, tráfico de armas, delitos contra el sistema financiero, la administración pública, o vinculados con el producto de los delitos objeto de un concierto para delinquir, relacionadas con el tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias sicotrópicas...” (cfr. Art. 323 del Código Penal).

²³⁶ “...actividades relacionadas con el soborno internacional, los delitos contra el Derecho de Autor y Derechos Conexos, contra los Derechos de la Propiedad Industrial o contra la Humanidad, tráfico de drogas, asociación ilícita para cometer delitos relacionados con drogas, estafa calificada, delitos financieros, tráfico ilegal de armas, tráfico de personas, secuestro, extorsión, peculado, homicidio por precio o recompensa, contra el ambiente, corrupción de servidores públicos, enriquecimiento ilícito, actos de terrorismo, financiamiento de terrorismo, pornografía y corrupción de personas menores de edad, trata y explotación sexual comercial, robo o tráfico internacional de vehículos” (cfr. Art. 254 del Código Penal)

²³⁷ “Son actividades delictivas precedentes del delito de lavado de activos en sus diversas modalidades previstas en los artículos 30 a 33 de la presente ley, los siguientes delitos: 1)

Los delitos previstos en el Decreto-Ley Nº 14.294, de 31 de octubre de 1974 en las redacciones dadas por la Ley Nº 17.016, de 22 de octubre de 1998 y Ley Nº 19.172, de 20 de diciembre de 2013 (narcotráfico y delitos conexos). 2) Crímenes de genocidio, crímenes de guerra y de lesa humanidad tipificados por la Ley Nº 18.026, de 25 de setiembre de 2006. 3) Terrorismo. 4) Financiación del terrorismo. 5) Contrabando cuyo monto real o estimado sea superior a 200.000 UI (doscientas mil unidades indexadas). 6) Tráfico ilícito de armas, explosivos, municiones o material destinado a su producción. 7) Tráfico ilícito de órganos, tejidos y medicamentos. 8) Tráfico ilícito y trata de personas. 9) Extorsión. 10) Secuestro. 11) Proxenetismo. 12) Tráfico ilícito de sustancias nucleares. 13) Tráfico ilícito de obras de arte, animales o materiales tóxicos. 14) Estafa cuyo monto real o estimado sea superior a 200.000 UI (doscientas mil unidades indexadas). 15) Apropiación indebida cuyo monto real o estimado sea superior a 200.000 UI (doscientas mil unidades indexadas). 16) Los delitos contra la Administración Pública incluidos en el Título IV del Libro II del Código Penal y los establecidos en la Ley Nº 17.060, de 23 de diciembre de 1998 (delitos de corrupción pública). 17) Quiebra fraudulenta. 18) Insolvencia fraudulenta. 19) El delito previsto en el artículo 5º de la Ley Nº 14.095, de 17 de noviembre de 1972 (insolvencia societaria fraudulenta). 20) Los delitos previstos en la Ley Nº 17.011, de 25 de setiembre de 1998 y sus modificativas (delitos marcarios). 21) Los delitos previstos en la Ley Nº 17.616, de 10 de enero de 2003 y sus modificativas (delitos contra la propiedad intelectual). 22) Las conductas delictivas previstas en la Ley Nº 17.815, de 6 de setiembre de 2004, en los artículos 77 a 81 de la Ley Nº 18.250, de 6 de enero de 2008 y todas aquellas conductas ilícitas previstas en el Protocolo Facultativo de la Convención de los Derechos del Niño sobre venta, prostitución infantil y utilización en pornografía o que refieren a trata, tráfico o explotación sexual de personas. 23) La falsificación y la alteración de moneda previstas en los artículos 227 y 228 del Código Penal. 24) Fraude concursal, según lo previsto en el artículo 248 de la Ley Nº 18.387, de 23 de octubre de 2008. 25) Defraudación tributaria, según lo previsto en el artículo 110 del Código Tributario, cuando el monto de el o los tributos defraudados en cualquier ejercicio fiscal sea superior a: A) 2.500.000 UI (dos millones quinientos mil unidades indexadas) para los ejercicios iniciados a partir del 1º de enero de 2018. B) 1.000.000 UI (un millón de unidades indexadas) para los ejercicios iniciados a partir del 1º de enero de 2019. Dicho monto no será exigible en los casos de utilización total o parcial de facturas o cualquier otro documento, ideológica o materialmente falsos con la finalidad de disminuir el monto imponible u obtener devoluciones indebidas de impuestos. En las situaciones previstas en el presente numeral el delito de defraudación tributaria podrá perseguirse de oficio. 26) Defraudación aduanera, según lo previsto en el artículo 262 del Código Aduanero, cuando el monto defraudado sea superior a 200.000 UI (doscientas mil unidades indexadas). En este caso el delito de defraudación aduanera podrá perseguirse de oficio. 27) Homicidio cometido de acuerdo a lo previsto por el artículo 312 numeral 2 del Código Penal. 28) Los delitos de lesiones graves y

Otros adoptan el sistema amplio, razón por la cual cualquier ilícito penal podría ser ilícito precedente o previo del delito de lavado de activos. Tal es el caso de España, Francia, Italia, Suiza, Brasil, Perú, México y Venezuela.

6.3.4. Opinión personal

Tal lo analizado, la tendencia mayoritaria a nivel mundial es el abandono del “modelo de listas cerradas a favor de fórmulas amplias”²³⁸, es decir la adopción de sistemas “*numerus apertus*”.

En lo personal, no estoy a favor de un modelo “*numerus apertus*”. La política criminal imaginó al lavado de activos como un delito referido a bienes originados en los delitos graves, con específico acento en los relacionados con la criminalidad económica. Tal como afirma MARTEAU: “vincular al lavado de dinero a delitos convencionales o tradicionales sería desviar los recursos del sistema de criminalización a otros objetivos sobre los que recaen otras herramientas de persecución”²³⁹. En este sentido, la política criminal que reprime el lavado de activos, debe orientarse a los delitos que provocan una afectación especialmente grave al bien jurídico protegido. Por ello, desde mi punto de vista, lo correcto sería limitar los ilícitos precedentes a aquellos especialmente graves, con cierta potencialidad para provocar una afección severa al orden económico y financiero del país.

6.4. Casos problemáticos:

Hay ciertos casos que suelen presentarse y que traen aparejado innegables problemas a la hora de resolverlos. Concretamente hemos de referirnos a si un ilícito prescripto o despenalizado o amnistiado puede constituir ilícito precedente del delito de lavado de activos.

Previamente, hemos de recordar que para que un hecho previo, sea considerado ilícito precedente del delito de lavado de activos, basta que el mismo sea típico y antijurídico, razón por la cual “resulta indiferente que el autor del ilícito previo sea

gravísimas previstos en los artículos 317 y 318 del Código Penal, cometidos de acuerdo a lo previsto en el artículo 312 numeral 2 del Código Penal. 29) Hurto, según lo previsto en el artículo 340 del Código Penal, cuando sea cometido por un grupo delictivo organizado y cuyo monto real o estimado sea superior a 100.000 UI (cien mil unidades indexadas). 30) Rapiña, según lo previsto en el artículo 344 del Código Penal, cuando sea cometida por un grupo delictivo organizado y cuyo monto real o estimado sea superior 100.000 UI (cien mil unidades indexadas). 31) Copamiento, según lo previsto en el artículo 344 bis del Código Penal, cuando sea cometido por un grupo delictivo organizado y cuyo monto real o estimado sea superior a 100.000 UI (cien mil unidades indexadas). 32) Abigeato, según lo previsto en el artículo 258 del Código Rural, cuando sea cometido por un grupo delictivo organizado y cuyo monto real o estimado sea superior a 100.000 UI (cien mil unidades indexadas). Se entiende por grupo delictivo organizado, un conjunto estructurado de tres o más personas que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer dichos delitos, con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material. 33) Asociación para delinquir, según lo previsto en el artículo 150 del Código Penal” (cfr. art. 34 Ley 19.574)

²³⁸ RIQUERT, Marcelo., ob. citada, pág. 263.

²³⁹ MARTEAU, Juan Félix, artículo citado. Disponible en <http://argentinareal.org/lavado-de-dinero-estandarizacion-y-criminalizacion/>

irresponsable o esté exento de pena²⁴⁰. Lo determinante, desde mi punto de vista, pasa por establecer si en el caso concreto los bienes provienen o no de un ilícito y en su caso si se produce o no una “limpieza” del bien maculado.

6.4.1. Ilícito prescripto

Nuestro Código Penal establece en su art. 59.3 que la acción penal se extinguirá “...3) por la prescripción...”. Luego, en el artículo 62, fija los plazos que deben transcurrir, según la escala penal del delito, para que opere la prescripción de la acción penal.

Aquí la cuestión gira en torno a determinar si la prescripción de la acción penal respecto del hecho ilícito previo, descontamina los activos y de esta forma impide la persecución por el delito de lavado de activos.

La prescripción de la acción es un instituto que “afecta las potestad de hacer juzgar²⁴¹ (lus puniendi). El Estado tiene un límite de tiempo para perseguir un hecho delictivo. Vencido el mismo, la potestad punitiva cae. “*El instituto de la prescripción en materia penal encuentra fundamento en el hecho social según el cual el transcurso del tiempo conlleva el “olvido y el desinterés del castigo”²⁴².*

Partiendo de tales premisas, soy de la opinión de que la extinción de la responsabilidad penal por prescripción de la acción de ningún modo quita el carácter ilícito del comportamiento. De hecho “el sujeto pudo ser punible²⁴³ porque su conducta es ilícita, pero el transcurso del tiempo aconseja no sancionar el autor. Un ilícito prescripto es un hecho típico y antijurídico. BLANCO CORDERO entiende que “la existencia de una causa de extinción de la responsabilidad criminal no impide mantener que se ha cometido un hecho típico y antijurídico, con lo que se cumple el requisito exigido por el tipo de blanqueo²⁴⁴.”

En razón de lo expuesto, desde mi óptica, no habría impedimento alguno para perseguir un comportamiento subsumible en el delito de lavado de activos, aun cuando el ilícito previo (elemento del tipo objetivo del delito de lavado) se halle prescripto.

6.4.2. Ilícito despenalizado

En este caso, el asunto gira en establecer si la despenalización del ilícito precedente, elimina el carácter ilícito de los activos, e imposibilita la persecución por el delito de lavado de activos.

Despenalizar un hecho, importa dejar de tipificar como delito dicha conducta. Con la despenalización se afecta, sin dudas, la tipicidad del hecho. Una conducta, que se hallaba tipificada como delito, deja de estarlo. Por tanto, al desaparecer el carácter ilícito

²⁴⁰ BLANCO CORDERO, Isidoro, ob. citada, pág. 380

²⁴¹ SOLER, Sebastián. “Derecho Penal Argentino”, Tomo II. Ed. TEA, Buenos Aires, 1963, pág. 451.

²⁴² CSJN; Fallos: 292:103

²⁴³ SOLER, Sebastián. “Derecho Penal Argentino”, Tomo II. Ed. TEA, Buenos Aires, 1963, pág. 451.

del evento desaparece el carácter delictivo de los activos. Refiere BLANCO CORDERO que “existe unanimidad en la doctrina en que las descontaminación puede ocurrir si se despenaliza el delito previo porque los bienes dejan ya de tener un carácter delictivo”²⁴⁵.

En este sentido, la despenalización de ilícito previo, impide la persecución del delito de lavado, pues los bienes involucrados no provienen de un ilícito penal²⁴⁶ (art. 303 del CP). Los activos, al no proceder de un hecho ilícito previo dejan de ser objeto idóneo del delito de lavado.

En este sentido, corresponde precisar que si el ilícito previo es despenalizado, cuando la investigación por el delito de lavado de activos aún no se ha iniciado, esta no podrá promoverse. En cambio, si la despenalización del delito precedente acontece cuando la pesquisa se halla iniciada, se deberá sobreseer al imputado (art. 336 inc. 3° del CPPN), en tanto que el hecho investigado (lavado de activos) no encuadra en una figura legal. La conducta –primigeniamente típica– se convierte en atípica, pues se halla ausente uno de sus elementos típicos: la procedencia ilícita de los activos.

6.4.3 Ilícito amnistiado

El Código Penal, en su artículo 61 establece que “La amnistía extinguirá la acción penal y hará cesar la condena y todos sus efectos, con excepción de las indemnizaciones debidas a particulares”. En razón de ello, otro de los casos que debemos analizar es, si un delito amnistiado puede ser ilícito subyacente del delito de lavado.

La Corte Suprema de Justicia tiene dicho de antaño que “La amnistía...borra la criminalidad del hecho”²⁴⁷. En sentido análogo, tiempo después expreso que “La amnistía tiene por objeto borrar los delitos cometidos por las personas que se benefician de ella”²⁴⁸. Finalmente, en épocas más reciente, se pronunció en forma similar “La amnistía borra el carácter ilícito del hecho...”²⁴⁹.

En fin, la amnistía²⁵⁰, tal como afirma nuestro máximo Tribunal de Justicia, hace desaparecer el carácter delictivo del hecho, motivo por la cual, resultan aplicables al caso, las consideraciones efectuadas a los ilícitos despenalizados. En razón de ello, un ilícito amnistiado no puede, de ninguna manera, convertirse en un delito precedente del delito de lavado de activos.

²⁴⁴ BLANCO CORDERO, Isidoro, ob. citada, pág. 525.

²⁴⁵ BLANCO CORDERO, Isidoro, ob. citada, pág. 523.

²⁴⁶ Provenían de un hecho ilícito, pero al ser despenalizado dejan de provenir de un hecho ilícito.

²⁴⁷ CSJN; Fallos 178:377

²⁴⁸ CSJN; Fallos 211:1670

²⁴⁹ CSJN; Fallos 310:1162

²⁵⁰ Su dictado es potestad exclusiva del Congreso, único poder del estado con atribuciones para tipificar penalmente y despenalizar conductas.

6.4.4. Ilícito tentado

Finalmente, aquí hemos de precisar, si los hechos ilícitos cuya ejecución se halla incompleta, pueden ser considerados ilícitos antecedentes del delito de lavado de activos. Adelanto mi respuesta afirmativa.

Existe coincidencia en la doctrina que, el hecho previo del cual provienen los activos objeto de maniobras de lavado, puede ser un delito tentado²⁵¹. En lo personal, y siguiendo las enseñanzas de PESSOA, un hecho tentado es un injusto penal, es decir un hecho típico y antijurídico. “Cuando el autor llevo a cabo la conducta prohibida se ha configurado el injusto penal”²⁵². En razón de ello, y en la medida en que el ilícito tentado haya generado algún provecho no habrá impedimento alguno para considerar, dicho comportamiento, como ilícito precedente del delito de lavado de activos. Sin embargo, y tal como refiere CORDOBA, la tentativa habrá ineludiblemente ser exigua, pues “raramente se obtendrán bienes de un delito que ha quedado tentado”²⁵³.

6.5. La evasión tributaria como ilícito precedente del lavado de activos

Otra discusión que gira alrededor del delito de lavado de activos, es aquella que discurre entre los que admiten a los delitos tributarios como ilícitos subyacentes al delito de lavado y entre aquellos que rechazan la idea.

En primer lugar, resulta necesario aclarar que el dinero que proviene de una elusión tributaria²⁵⁴ no configura un hecho ilícito penal, en tanto que, al tratarse de un comportamiento dentro de lo permitido por la norma tributaria, no hay ningún delito tributario. RIQUERT explica al respecto que la elusión “no es otra cosa que, justamente, dentro de los intersticios que ofrece la ley (es decir sin salir de los márgenes de la licitud) pagar lo menos posible o en otras palabras ahorrar en impuestos”²⁵⁵. Para SOLER, la elusión resulta ser la utilización de figuras admitidas o lícitas, a través de las cuales se obtiene una reducción de la carga tributaria y que se encuentran fuera del ámbito de la normativa penal, ya que se trata de medios jurídicamente irreprochables²⁵⁶. Por tanto, el análisis ha de limitarse a los delitos tributarios, es decir aquellos casos en donde un sujeto obligado, evita el pago de un tributo nacional, provincial o de la ciudad de Bs. As (de manera total o parcial), por acción u omisión, mediante la utilización de un ardid o

²⁵¹ CORDOBA, Fernando J., ob. citada, pág. 137. En análogo sentido BLANCO CORDERO (cfr. BLANCO CORDERO, Isidoro, ob. citada, pág. 383)

²⁵² PESSOA, Nelson R., ob. citada, pág. 273.

²⁵³ CORDOBA, Fernando J., ob. citada, pág. 137.

²⁵⁴ También denominada evasión organizada por la ley o evasión por aprovechamiento de lagunas legales.

²⁵⁵ RIQUERT, Marcelo., ob. citada, pág. 264. En sentido análogo se expide HADDAD para quien la elusión es “no pagar lo que correspondería por ley porque se utilizan normas no claras, lagunas legales, situaciones ambiguas” (cfr. HADDAD, Jorge Enrique. “Ley Penal Tributaria comentada”. 6ta edición. Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008, pág. 17).

²⁵⁶ SOLER, Osvaldo H. “Tratado de derecho tributario: económico, constitucional, sustancial, administrativo, penal” 4ta edición. Ed. La Ley, Buenos Aires, 2011, pág. 802.

engaño. Recordemos que para que exista evasión tributaria y por ende ilícito penal, es necesario que el autor utilice un ardid o engaño para evitar el pago del tributo²⁵⁷.

6.5.1. La cuestión en la doctrina nacional y extranjera

La doctrina nacional coincide casi de manera unánime que aquellos delitos tributarios que implican un enriquecimiento para el autor del delito, tales como el aprovechamiento indebido de beneficios fiscales (art. 3 Ley 27.430) o la apropiación indebida de tributos (art. 4 Ley 27.430) o la apropiación indebida de recursos de la seguridad social (art. 7 Ley 27.430) o la obtención fraudulenta de beneficios fiscales (art. 8 Ley 27.430) son delitos antecedentes del lavado de activos. Ello en tanto que “el dinero que el autor recibe en concepto de reintegro, recupero, devolución o subsidio es un bien que se obtiene a través de la comisión del delito y también lo es el derecho que resulta del reconocimiento del beneficio fiscal obtenido fraudulentamente”²⁵⁸.

La discusión se plantea concretamente con el delito de evasión tributaria (art. 1 y 2 Ley 27.430). CORDOBA rechaza la posibilidad de que la evasión tributaria sea ilícito previo del delito de lavado de activos. Dice el reconocido autor que “la discusión acerca de si la evasión puede ser hecho precedente... no se vincula con la cuestión de si forma parte o no de los delitos que integran esa categoría sino con la interpretación del elemento proveniente”²⁵⁹. Agrega que el dinero que el evasor deja de pagar al fisco no proviene normalmente de un delito, ni mucho menos de la evasión, sino del ejercicio de una actividad que se desarrolla lícitamente”²⁶⁰. Concluye el autor afirmando que “el dinero que el evasor deja de pagar al fisco es el objeto del delito de evasión pero no proviene de él”²⁶¹. VIRGOLINI y SILVESTRONI, también se pronuncian en contra de considerar a la evasión tributaria como delito precedente del lavado: “la aparición de bienes no declarados es beneficioso para la sociedad y el Estado ya cuenta con una adecuada respuesta fiscal: “si un sujeto deja de pagar impuestos a las ganancias por un millón de pesos con el que luego compra un departamento, afecta el patrimonio estatal cuando evade y lo beneficia cuando lo blanquea, porque esa operación posterior debe tributar. El estado no se perjudica por la conducta posterior sino todo lo contrario”²⁶². En esta corriente de pensamiento que descarta toda posibilidad de incluir a la evasión tributaria entre los delitos subyacentes al delito de lavado de activos se enrolan, además de los ya mencionados, autores tales como PURICELLI²⁶³, ARANCIBIA²⁶⁴, LIVTIN²⁶⁵ y

²⁵⁷ Explica HADDAD que “la inexistencia de ardid o engaño implica la no comisión de los delitos” previsto en la ley penal tributaria (cfr. HADDAD, Jorge E., ob. citada, pág. 17).

²⁵⁸ CORDOBA, Fernando J., ob. citada, págs. 180/181. En idéntico sentido FALCONE y SIMAZ (cfr. FALCONE, Roberto A y SIMAZ, Alexis L., ob. citada, pág. 212).

²⁵⁹ CORDOBA, Fernando J., ob. citada, pág. 181.

²⁶⁰ CORDOBA, Fernando J., ob. citada, pág. 182.

²⁶¹ CORDOBA, Fernando J., ob. citada, pág. 195.

²⁶² VIRGOLINI, Julio y SILVESTRONI, Mariano, ob. citada, pág. 260.

²⁶³ Este autor entiende que debe distinguirse conceptualmente, entre el dinero no declarado (negro) del dinero producto del delito (sucio): “Este último es el que se lava; lo que se lava es lo sucio” Conceptualmente, el dinero negro es el que cuyo titular mantuvo o mantiene al margen de

DÍAZ²⁶⁶. En la doctrina extranjera, se alistan con este enfoque, entre otros, DOPICO GOMEZ-ALLER²⁶⁷, QUINTERO OLIVARES²⁶⁸ y ANDRADA DE LA TORRE²⁶⁹.

Por el contrario, hay autores que se pronuncian a favor de incluir a la evasión tributaria como ilícito precedente del lavado de activos. RIQUERT expone que “la ley no contiene ninguna limitación de los delitos precedentes,...en la medida que genere bienes ilícitos” razón por la cual “comprobados los extremos de la tipicidad que prevé tanto la evasión simple como la forma agravada, dichas conductas son susceptibles de

los controles del poder fiscal, incumpliendo sus deberes de tributación. Pero ese dinero no necesariamente tiene origen delictivo; es más, puede provenir normal y lícitamente de la fuente principal de ingresos del contribuyente o de otra labor accidental, pero no delictiva” (cfr. PURICELLI José Luis. ¿DINERO NEGRO O DINERO SUCIO?, publicado en Revista “NOP REVIEW” Enero 2012. Disponible en http://nop.com.ar/nop_rev/revistas/NR201201.pdf).

²⁶⁴ Refiere la autora que “lavar en términos delictivos implica ingresar bienes al circuito económico legal que son frutos del delito precedente, y el evadir no implica producir bien alguno en tanto evasión no genera bienes ilícitos” (cfr. ARANCIBIA, Fernanda Alejandra. “La evasión tributaria y el lavado de dinero” en RUBINSKA, Ramiro y SCHURJIN ALMENAR, Daniel (Coordinadores) “Derecho Penal Económico”, tomo II. Ed. Marcial Pons, Buenos Aires, 2010, págs. 1715/1716).

²⁶⁵ Afirma este autor que se trata de un caso en que el dinero ingresa al patrimonio del sujeto obligado por una actividad absolutamente lícita que, luego no es declarada al fisco nacional “y por lo tanto al no pagar el correspondiente tributo, se convierte en dinero negro, oculto y por lo tanto puede llegar a dar lugar a un delito tributario, pero su posterior utilización no constituye lavado de dinero, típica y penalmente hablando” (cfr. LITVIN, Cesar R. “La inclusión del ilícito tributario como precedente del delito de lavado de activos en la ley 26.683”. en AA.VV, VII Jornadas de Derecho Penal y Tributario, AAFE/ Errepar, Buenos Aires, 2012 citado por RIQUERT Marcelo en ob. citada, pág. 264).

²⁶⁶ Este autor distingue a dichos delitos por las actividades generadoras de los fondos. Relata que la evasión fiscal nace del incumplimiento de una normativa establecida sobre una actividad lícita y que el lavado de dinero surge directamente de una actividad ilícita. “La riqueza obtenida en una actividad plenamente legal, pero desarrollada al margen de la oportuna imposición, no puede ser tachada de Dirty Money (Dinero Sucio), dado que sólo merece el calificativo de ventaja económica lograda por la evasión fiscal, lo cual traduce solamente una ilegalidad a las normas impositivas sustantivas o instrumentadas. Expresa: “Es imposible convertir un delito tributario en un supuesto criminal de la ley 25.246”. En otro párrafo agrega “... el delito fiscal es un delito de propia o única mano...”, el evasor busca una ventaja económica por la evasión fiscal (cfr. DÍAZ, Vicente O. “La exegesis del delito de lavado de dinero y la desvinculación con el delito fiscal” en BERTAZZA Humberto J y D’ALBORA Francisco J, “Tratado de lavado de activos y financiación del terrorismo: prevención, investigación y represión”, tomo I. Ed. La Ley, Buenos Aires, 2012, págs. 274 y 299)

²⁶⁷ Expone el autor: “Es decir: que el dinero que uno había obtenido con origen en su trabajo, en una inversión, en una donación... cuando no es declarado a Hacienda, *pasa a tener origen en la elusión tributaria* (!) y operar con él constituye delito de blanqueo...Y es que, si así fuese, si la “conversión o transmisión” de dinero “B” con origen en un delito fiscal fuese delito de blanqueo, todo delito de elusión tributaria traería consigo necesariamente un adicional delito de blanqueo... Se trata de una interpretación que conduce a un flagrante bis in ídem” (cfr. DOPICO GOMEZ-ALLER, Jacobo. “Si todo es blanqueo, nada es blanqueo (!)”. Disponible en <http://www.legaltoday.com/practica-juridica/penal/economico/si-todo-es-blanqueo-nada-es-blanqueo-i>

²⁶⁸ Concluye el autor que “el dinero... de quien no pagó sus impuestos no es un dinero ‘producto’ del delito fiscal... y por lo tanto no puede ser objeto de delito de blanqueo” En definitiva, no hay origen ilícito porque el dinero no “procede” del delito (cfr. QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, “El delito fiscal y el ámbito material del delito de blanqueo”, Actualidad jurídica Aranzadi, N° 698, 2006, pág. 6.)

²⁶⁹ “Solo pueden ser bienes susceptibles de blanqueo de capitales aquellos bienes que el autor no tiene antes de la actividad delictiva precedente, por lo que debemos llegar a la conclusión de que la cuota tributaria defraudada no es el producto del delito previo, no está generado por el delito, por la simple razón de que está previamente en el haber del sujeto defraudador, por esto no puede ser blanqueada. El dinero de quien no pagó sus impuestos no es un dinero producto del delito fiscal ergo no puede ser objeto de blanqueo” (cfr. ANDRADA DE LA TORRE, Jaime. “El delito fiscal como actividad delictiva antecedente al delito de blanqueo de capitales”. Disponible en <http://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/45012-delito-fiscal-actividad-delictiva-antecedente-al-delito-blanqueo-capitales>).

considerárselas como delito previo del lavado de activos porque el dinero que deja de ingresar al fisco como consecuencia del no pago del tributo respectivo –a consecuencia de un actuar fraudulento– constituye, desde dicho momento, un bien proveniente de un ilícito penal²⁷⁰. Otros autores locales que se enrolan en la postura de aceptar a la evasión tributaria como delito previo del lavado de activos son FOLCO²⁷¹, MECIKOVSKY²⁷², DURRIEU FIGUEROA²⁷³, VANELLA²⁷⁴, PLEE²⁷⁵ y TILVE²⁷⁶. En la doctrina española hallamos, entre algunos más, a BLANCO CORDERO quien al respecto ha dicho que el “objeto material del delito de blanqueo de capitales...está constituido por los bienes que tiene su origen o proceden de una actividad delictiva”²⁷⁷, razón por la cual “el delito fiscal del art. 305 CP, como actividad delictiva que es, constituye un delito previo del blanqueo de capitales”²⁷⁸.

6.5.2. Situación en la legislación Argentina y en la legislación comparada

²⁷⁰ RIQUERT, Marcelo., ob. citada, págs. 269/270. En sentido análogo se expiden FALCONE y SIMAZ: “Liminarmente es menester que se den todos los extremos de tipo penal.” Para estos autores si el monto, objeto de evasión tributaria, no supera la suma de \$ 1.500.000 por cada ejercicio anual, aun cuando se tratare de un tributo instantáneo o de período fiscal inferior a un año no se puede hablar de evasión en los términos del art. 1 de la ley 27.430 y menos aún de un bien procedente de un ilícito penal. “Comprobados los extremos de la tipicidad que prevé tanto la evasión simple como la firma agravada, dichas conductas son susceptibles de considerárselas como delito previo del lavado de activos”: estos autores expresan que “el dinero que deja de ingresar al Fisco como consecuencia del no pago del tributo respectivo –a consecuencia de un actuar fraudulento– constituye, desde dicho momento, un bien proveniente de un ilícito penal” (cfr. FALCONE, Roberto A y SIMAZ, Alexis L., ob. citada, pág. 213).

²⁷¹ Expresa el autor que es “forzoso es concluir que la cuota tributaria evadida –de origen espurio y carácter delictual– resulta susceptible de enmarcarse en la figura penal de lavado de activos, cuando concurren los requisitos típicos que este demanda” (cfr. FOLCO, Carlos M. “La evasión fiscal y el lavado de dinero” en BERTAZZA Humberto J y D’ALBORA Francisco J, “Tratado de lavado de activos y financiación del terrorismo: prevención, investigación y represión”, tomo I. Ed. La Ley, Buenos Aires, 2012, pág. 361)

²⁷² Quien coincide con la idea de haber puesto a la evasión impositiva como un delito precedente posible de lavado de dinero a partir de la vigencia de la ley 26.683. (cfr. MECIKOVSKY, Jaime. “Lavado de dinero y evasión fiscal” en BERTAZZA Humberto J y D’ALBORA Francisco J, “Tratado de lavado de activos y financiación del terrorismo: prevención, investigación y represión”, tomo I. Ed. La Ley, Buenos Aires, 2012, pág. 337).

²⁷³ Aclarando este autor que “siempre y cuando quede claro para el juzgador que la operación financiera o económica sometida a investigación trajo como resultado la afectación grave y directa de los bienes jurídicos que debe proteger el delito fiscal (el patrimonio del fisco) y el delito de lavado de dinero (el sistema socio-económico)” (cfr. DURRIEU FIGUEROA Roberto, “El delito tributario como fuente del lavado de activos”. Disponible en http://www.durrieu.com.ar/articulo_2013_05_14.html)

²⁷⁴ Para esta autora, el monto evadido “es el producto... de la comisión de un delito contra los ingresos del fisco (delito fiscal) y a través de dicho delito adquisitivo se genera un beneficio económico” (cfr. VANELLA, Carolina A. “La prohibición de la persecución penal múltiple en los delitos económicos”. Ed. Errepar, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2016, pág. 210).

²⁷⁵ Afirma el autor que “el delito de defraudación tributaria, como todo delito, puede ser precedente del de lavado de activos” (cfr. PLEE, Raúl O., ob. citada, pág. 450).

²⁷⁶ Este autor explica que si bien es cierto que la totalidad de la ganancia se origina en un acto lícito, sin embargo y en lo que respecta al monto evadido se ha transformado en un incremento indebido de su patrimonio, “de modo que la puesta en circulación en el mercado de esos fondos, con la intención de darle apariencia lícita, puede constituir delito de blanqueo” (cfr. TILVE, Adrián M. “Los lavadores con los mejores contribuyentes” en Revista de Derecho Penal. Derecho Penal Económico, 2015-1. Ed. Rubinzal Culzoni, pág. 79).

²⁷⁷ BLANCO CORDERO, Isidoro, ob. citada, pág. 507.

a) **Argentina:** En la ley argentina, la evasión tributaria como delito antecedente al delito de lavado de activos esta prevista en el artículo 8 de la ley 26.683 la que al prever las atribuciones y facultades de la U.I.F establece que la misma será la encargada de prevenir e impedir “1. El delito de lavado de activos (artículo 303 del Código Penal), preferentemente proveniente de la comisión de: ...j) Delitos previstos en la ley 24.769...”. Se admite entonces la posibilidad de castigar por lavado de activos a quienes hayan cometido delitos tributarios.

b) Legislación comparada:

En los países más importantes de Europa continental se admite a los delitos tributarios como ilícito precedente del delito de lavado de activos. Ello ocurre en España²⁷⁹, Francia²⁸⁰, Alemania²⁸¹, Italia²⁸².

La misma situación se observa en países de Latinoamérica. Así, por ejemplo, se acepta a los delitos tributarios como hecho ilícito previo en Chile²⁸³, Bolivia²⁸⁴, Paraguay²⁸⁵, Brasil²⁸⁶, Uruguay²⁸⁷, Colombia²⁸⁸, Perú²⁸⁹, Ecuador²⁹⁰.

²⁷⁸ BLANCO CORDERO, Isidoro, ob. citada, pág. 507. Aclara este prestigioso autor español que es “necesario que la conducta defraudadora debe realizar todos los elementos del tipo del art. 305, entre ellos que la cuota defraudada...supere la cuanto prevista de 120.000 euros”.

²⁷⁹ **España:** De acuerdo a lo establecido en el artículo 301.1 del Código Penal español, las conductas punibles como delito de blanqueo de capitales deben recaer sobre “*bienes, sabiendo que éstos tienen su origen en una actividad delictiva*”, cualquiera que sea. Por tanto, cualquier delito puede convertirse en ilícito precedente del blanqueo de capitales y entre ellos están los delitos tributarios contemplados en los artículos 305, 305 bis, 306, 307, 307 bis y 308 del Código Penal.

²⁸⁰ **Francia:** El Código Penal Francés, en su art. 324.1 establece como ilícito precedente al delito de lavado de activos a “*un crimen o un delito que le haya procurado un beneficio directo o indirecto*”. Tal como se puede advertir, admite como delito previo cualquier crimen o delito, razón por la cual, el delito fiscal constituye delito previo del blanqueo de capitales.

²⁸¹ **Alemania:** Los delitos tributarios constituyen un hecho previo del lavado de dinero en la legislación alemana. Dice el Código Penal de Alemania que son delitos precedentes del lavado de dinero el previsto en el “*art. 370 del Código Tributario*” (Art. 261 Párrafo 1, fase 2, Número 4 b del Código Penal Alemán). Igualmente, son hechos previos los “*Delitos según § 373 y § 374 (2) del Código Fiscal*” (Art. 261 Párrafo 1, Número 3 del Código Penal Alemán) En este sentido, solo son delitos previos la defraudación tributaria (art. 370 del Código Fiscal de Alemania), el contrabando comercial, violento y/o en banda (art. 373 del Código Fiscal de Alemania) y la receptación de impuestos cometida profesionalmente o por medio de una banda (art. 374 Párrafo 2 del Código Fiscal de Alemania).

²⁸² **Italia:** En Italia el delito fiscal es un delito precedente del lavado de activos. El art. 648 bis establece que incurre en el delito de “*Riciclaggio*” quien “*transfiere dinero, bienes u otros beneficios provenientes de del delito no culpable...*”. Según la disposición normativa analizada, todos los delitos dolosos constituyen infracción previa del blanqueo En este sentido, delito precedente del lavado de activos pueden ser no solo delitos orientados a la creación de capitales ilícitos, sino también los delitos fiscales.

²⁸³ **Chile:** El artículo 27 inc. 1º apartado a) de la Ley N° 19.913 (modificada por Ley N° 20.818) establece que “*Será castigado [...] a) El que de cualquier forma oculte o disimule el origen ilícito de determinados bienes, a sabiendas de que provienen, directa o indirectamente, de la perpetración de hechos constitutivos de alguno de los delitos contemplados...; en el párrafo tercero del número 4º del artículo 97 del Código Tributario...*” El citado párrafo del art. 97 del Código Tributario tipifica penalmente como delito a la “*Devoluciones fraudulentas de impuestos*”, siendo este delito tributario, el único posible como delito fuente del delito de lavado de activos, en la legislación chilena.

²⁸⁴ **Bolivia:** El Código Penal de Bolivia, en su artículo 105 instituye que “*Sera sancionada [...], la persona que en relación a las infracciones penales especificadas en el Anexo I de este Código, a sabiendas incurra en alguna de las siguientes conductas...*”. El citado Código, adopta el sistema de catálogo y enumera que delitos penales que son considerados ilícitos previos al delito de lavado de

activos. En el número 39 del anexo I se menciona a la Defraudación Tributaria contemplada en el art. 174 del mismo Código Penal: *“La persona que, no pague o pague de menos un tributo al que está obligada, por un importe superior a Doscientas Cincuenta Mil Unidades de Fomento de Vivienda (250.000 UFV’s), por tributo y período fiscal, [...] será sancionada [...] cuando incurra en alguna de las siguientes conductas: 1. Oculte, altere o no lleve registros contables al que está obligado a llevar; 2. Constituya una doble contabilidad; o, 3. Registre una o varias operaciones sin respaldo documental estando obligado a llevarlo o en éste se consigne el precio o importe falso o una operación inexistente”*.

²⁸⁵ **Paraguay:** El Código Penal de Paraguay, adopta un sistema de “*numerus clausus*” y establece en su artículo 196 que delitos han de ser considerados como ilícito antecedente al delito de blanqueo de capitales. En este marco establece que solo será objeto de lavado de activos los objetos provenientes de “...a) un crimen; b) un hecho punible realizado por un miembro de una asociación criminal prevista en el artículo 239, c) un hecho punible señalado en la Ley N.º 1.340/88, artículos 37 al 45”. Por otra parte, los delitos fiscales se hallan regulados en el artículo 261 (Evasión de impuestos) y artículo 262 (Adquisición fraudulenta de subvenciones) del Código Penal. De la regulación normativa se desprende que únicamente podrán ser ilícitos previos la evasión de impuestos o la adquisición fraudulenta de subvenciones cuando los mismos sea vean agravados (sea por la gran cuantía o por abusar de su posición de funcionario o cuando se aprovechara del apoyo de un funcionario o cuando el delito se cometiera en forma continuada) pues la pena asciende a los 10 años y en tal caso ha de considerarse a estos delitos como crimen (art. 196 inc. a).

²⁸⁶ **Brasil:** En Brasil, la ley N.º 12.683 modificó la ley antilavado N.º 9.613 e incluyó de modo genérico que cualquier infracción penal puede ser previo al delito de lavado de activos (en concreto el artículo 1 de la mencionada norma establece que objeto del delito de lavado podrán ser “...bienes, derechos o valores provenientes, directa o indirectamente, de una infracción penal...”), razón por la cual los delitos tributarios pueden ser ilícitos previos al delito de lavado de activos, en contraposición a lo que ocurría en la ley anterior que establecía en su redacción una lista taxativa de delitos precedentes, en la cual no se incluía el delito fiscal. Así se expresa que *“Son actividades delictivas precedentes del delito de lavado de activos en sus diversas modalidades... los siguientes delitos:...25) Defraudación tributaria, [...], cuando el monto de el o los tributos defraudados en cualquier ejercicio fiscal sea superior a: A) 2.500.000 UI (dos millones quinientos mil unidades indexadas) para los ejercicios iniciados a partir del 1º de enero de 2018. B) 1.000.000 UI (un millón de unidades indexadas) para los ejercicios iniciados a partir del 1º de enero de 2019. Dicho monto no será exigible en los casos de utilización total o parcial de facturas o cualquier otro documento, ideológica o materialmente falsos con la finalidad de disminuir el monto imponible u obtener devoluciones indebidas de impuestos...”*.

²⁸⁷ **Uruguay:** El artículo 34 de la ley 19.574 establece cuales con las actividades delictivas precedentes al delito de lavado de activos e incluye como tal a la defraudación tributaria. Así se expresa que *“Son actividades delictivas precedentes del delito de lavado de activos en sus diversas modalidades... los siguientes delitos:...25) Defraudación tributaria, [...], cuando el monto de el o los tributos defraudados en cualquier ejercicio fiscal sea superior a: A) 2.500.000 UI (dos millones quinientos mil unidades indexadas) para los ejercicios iniciados a partir del 1º de enero de 2018. B) 1.000.000 UI (un millón de unidades indexadas) para los ejercicios iniciados a partir del 1º de enero de 2019. Dicho monto no será exigible en los casos de utilización total o parcial de facturas o cualquier otro documento, ideológica o materialmente falsos con la finalidad de disminuir el monto imponible u obtener devoluciones indebidas de impuestos...”*.

²⁸⁸ **Colombia:** Para el Código Penal de Colombia, comete delito de lavado (art. 323) quien *“adquiera, [...] o administre bienes que tengan su origen mediato o inmediato en [...] delitos contra... la administración pública...”*. Y dentro de los delitos que se encuentran contenidos en el Título XV *“Delitos contra la administración pública”* se hallan el delito de omisión de agente retenedor (Art. 402: *“El agente retenedor o autorretenedor que no consigne las sumas retenidas o autorretenidas por concepto de retención en la fuente [...] o quien encargado de recaudar tasas o contribuciones públicas no las consigne dentro del término legal, incurrirá en prisión de tres (3) a seis (6) años y multa equivalente al doble de lo no consignado [...]. En la misma sanción incurrirá el responsable del impuesto sobre las ventas que, teniendo la obligación legal de hacerlo, no consigne las sumas recaudadas por dicho concepto, dentro de los dos (2) meses siguientes a la fecha fijada por el Gobierno Nacional para la presentación y pago de la respectiva declaración del impuesto sobre las ventas.”*) y el delito de omisión de activos o inclusión de pasivos inexistentes (Art. 434^a: *“El agente retenedor o autorretenedor que no consigne las sumas retenidas o autorretenidas por concepto de retención en la fuente [...] o quien encargado de recaudar tasas o contribuciones públicas no las consigne dentro del término legal, incurrirá en prisión de tres (3) a seis (6) años y multa equivalente al doble de lo no consignado [...]. En la misma sanción incurrirá el responsable del impuesto sobre las ventas que, teniendo la obligación legal de hacerlo, no consigne las sumas recaudadas por dicho concepto, dentro de los dos (2) meses siguientes a la fecha fijada por el Gobierno Nacional para la presentación y pago de la respectiva declaración del*

6.5.3. Jurisprudencia local. El caso “Ballena Blanca” del Superior Tribunal Español

Los escasos fallos jurisprudenciales de nuestro país, admiten a la evasión tributaria como delito precedente del delito de lavado de activos. Así se sostiene que *“resulta válido considerar como ilícito precedente al fraude impositivo”*²⁹¹. En el mismo sentido se ha dicho que *“...no puede soslayarse que detrás de todo delito (incluso el lavado de activos), también pueda visualizarse la existencia de elementos que podrían configurar el supuesto de evasión tributaria (Ley 24.769)...”*²⁹².

Lo mismo ocurre en España. El Superior Tribunal Español resolvió en el caso “Ballena Blanca”, que la evasión tributaria constituye delito precedente del delito de blanqueo de capitales. En efecto, el voto de la mayoría expuso que *“...la cuota defraudada constituye un bien procedente de la actividad delictiva y, por lo tanto, objeto idóneo del blanqueo de capitales... la cuota defraudada a la hacienda Pública cuando constituye el producto de un delito fiscal, puede ser objeto de una operación de blanqueo, siempre que la cuota defraudada alcance el límite cuantitativo previsto en el tipo penal contra la Hacienda Pública... En definitiva, la cuota defraudada constituye un bien en el sentido del art. 301 CP, que constituye simultáneamente un perjuicio para la Hacienda Pública y un beneficio para el defraudador (para algún autor el incremento del patrimonio del defraudador por su actividad delictiva implica la disminución del patrimonio del erario público). Y además supone el beneficio o provecho económico derivado del delito susceptible de ser considerado bien idóneo del delito de blanqueo de capitales. Por lo tanto, las conductas típicas descritas en el art. 301 CP pueden recaer sobre la cuota tributaria...”*²⁹³.

6.5.4. Opinión personal

En lo personal adhiero a la posición que viabiliza el castigo por lavado de activos, cuando el ilícito antecedente es la evasión tributaria.

impuesto sobre las ventas). Únicamente los delitos antes señalados pueden ser ilícito previo del lavado de activos en la legislación colombiana.

²⁸⁹ **Perú:** El artículo 10 del decreto legislativo 1106, de manera expresa contempla a los delitos tributarios como ilícito precedente del lavado de activos al expresar que *“El conocimiento del origen ilícito que tiene o que debía presumir el agente de los delitos que contempla el presente Decreto Legislativo, corresponde a actividades criminales como... los delitos tributarios,...”*.

²⁹⁰ **Ecuador:** El artículo 14 de la Ley Orgánica de Prevención, Detección y Erradicación del Delito de Lavado de Activos y del Financiamiento de Delitos establece que, objeto del delito pueden ser *“...activos de origen ilícito;...”*. Tal como se puede advertir, la ley admite como delito previo cualquier hecho ilícito, motivo por el cual, el delito fiscal constituye ilícito previo del blanqueo de capitales.

²⁹¹ Cámara Criminal y Correccional Federal de la Capital Federal, Sala II, autos “BAEZ, Lázaro A. y otros s/procesamiento y prisión preventiva”, causa 3017/2013/107/CA15. Sentencia del 30/06/2017.

²⁹² Cámara Penal Económico, Sala B, autos: Incidente de apelación en “High Cargo S.A.; Freight Logistic S.A. y Fya Cargo S.A. S/ Infracción Art. 303 C.P”, causa ° CFP 11883/2014/1/CA1, sentencia del 18/04/2016.

²⁹³ STS 974/2012 sentencia del 05/12/2012, considerando 37 del voto de la mayoría.

Previo a todo, es importante aclarar que cuando la evasión tributaria se constituye como ilícito antecedente del delito de lavado de activos, será objeto material del delito únicamente la suma de dinero evadida²⁹⁴. En España, se denomina “*cuota tributaria defraudada*” la suma de dinero que el autor del ilícito tributario no ingresa a la hacienda pública. Explica BLANCO CORDERO que “el bien que procede del delito fiscal es la cuantía económica correspondiente a la cuota tributaria”²⁹⁵.

Desde mi punto de vista, el monto evadido o cuota tributaria defraudada, puede convertirse en objeto idóneo del delito de lavado de activos. La suma de dinero, que el autor está obligado a ingresar a la hacienda pública, se transforma en un bien ilícito cuando no es ingresada —mediando ardid o engaño— a pesar de que es producto de una actividad lícita. El monto de dinero evadido, permanece en el patrimonio del evasor de manera ilegal, pues a través de un ardid o engaño no ha ingresado el tributo, evadiendo su pago. En efecto, la cuota tributaria defraudada estaría en poder del fisco, si el autor no hubiera acudido a maniobras engañosas para no tributar lo que legalmente le correspondía.

Es por ello que, si el autor del delito de evasión, ingresa a la economía formal el dinero evadido a través de operaciones aptas para dar apariencia de licitud, estaremos en presencia de una conducta típica del delito de lavado de activos.

6.5.5. Casos problemáticos aplicable a todos los delitos tributarios

En este capítulo analizaremos algunos casos que, pueden generar dudas al momento de promover o proseguir una investigación de lavado de activos, cuando el ilícito precedente es algún delito tributario. Veamos los distintos supuestos que se pueden presentar.

6.5.5.1. Ilícito tributario prescripto e ilícito tributario despenalizado

Expusimos ya, que la prescripción de ningún modo quita el carácter ilícito del comportamiento. Un ilícito prescripto es un hecho típico y antijurídico. Las mismas consideraciones, resultan aplicables cuando el ilícito previo resulta ser un delito tributario. En razón de lo expuesto, no habría obstáculo para perseguir un comportamiento subsumible en el delito de lavado de activos, cuando el ilícito tributario previo, se halle prescripto.

Con respecto a la despenalización de los ilícitos tributarios, también exprese que la despenalización de un hecho delictivo, importa dejar de tipificar como delito dicha conducta, y por lo tanto, al desaparecer el carácter ilícito del evento desaparece el

²⁹⁴ Supongamos el siguiente ejemplo: El sujeto “A” obtuvo de ganancias durante el ejercicio anual 2016 la suma de \$ 2.000.000. Por dicha ganancia debe tributar impuesto a las ganancias y a tenor de la escala vigente de entonces (el 35%) el monto a tributar es de \$ 700.000. Utilizando un ardid evita pagar la totalidad del monto. En este caso, solo será objeto material del delito de lavado la suma de \$ 700.000.

²⁹⁵ BLANCO CORDERO, Isidoro, ob. citada, pág. 508.

carácter delictivo de los activos. Si un ilícito tributario es despenalizado, ello impedirá promover o proseguir una investigación de lavado.

6.5.5.2. Procesos de regularización fiscal (las famosas “Leyes de blanqueo”)

En nuestro país, diversas leyes han permitido a los presuntos transgresores de normas penales tributarias evitar o neutralizar la persecución penal de ciertos delitos, ello a partir de procesos de regularización de deudas tributarias y/o el “blanqueo” de capitales no exteriorizados formal y oportunamente. Esto ocurrió con leyes 26.476²⁹⁶, y con la reciente ley 27.260²⁹⁷, las cuales establecieron situaciones de regularización tributaria con similares consecuencias y beneficios en el ámbito penal tributario: extinción de la acción penal.

Los efectos de la “extinción de la acción penal” previstos en las normas citadas, son los de una amnistía²⁹⁸. Razón por la cual, deviene aplicable las consideraciones que formulamos en el capítulo 6.4.3. En este sentido, si el sujeto se acoge a los beneficios de estas leyes, declarando correctamente los tributos evadidos y cancela el plan de regularización en tiempo y en forma, el carácter delictivo de los ilícitos tributarios desaparece y ello motiva la imposibilidad de perseguir o continuar con una investigación por lavado de activos. BLANCO CORDERO añade un fundamento irrefutable: “si el defraudador consigue regularizar en plazo y pagar lo que debe, es evidente que quedara exento de responsabilidad criminal por el delito fiscal y además, los bienes constitutivos de la cuota tributaria defraudada quedaran descontaminados porque se ha desprendido de ellos”²⁹⁹.

6.5.5.4. Actualización del umbral económico en los delitos tributarios

En este punto he de analizar el siguiente supuesto: en el año 2016 se determina que un sujeto ha evadido durante el ejercicio anual 2015, la suma de \$ 500.000 correspondiente al impuestos a los bienes personales. Su conducta se halla incurso en el artículo 1 de la ley 26.735 y se tipifica como evasión simple. En el año 2017 se inicia una investigación por lavado de activos, pues existen elementos que hacen probable que la cuota tributaria defraudada (\$ 500.000) ha sido puesta en circulación mediante una

²⁹⁶ El art. 3 de la ley 26.476 establece que “El acogimiento al presente régimen producirá la suspensión de las acciones penales en curso y la interrupción de la prescripción penal [...] La cancelación total de la deuda en las condiciones previstas en el presente régimen [...] producirá la extinción de la acción penal, en la medida que no existiera sentencia firme...”.

²⁹⁷ El artículo 54 de la ley 27.260 expresamente establece que “El acogimiento al presente régimen producirá la suspensión de las acciones penales [...] en curso [...], aun cuando no se hubiera efectuado la denuncia penal a ese momento o cualquiera sea la etapa del proceso en que se encuentre la causa, siempre y cuando la misma no tuviere sentencia firme. La cancelación total de la deuda [...] producirá la extinción de la acción penal, en la medida que no exista sentencia firme a la fecha de cancelación [...]”.

²⁹⁸ Ello por cuanto el art. 46 de la Ley 27.260 en su inc. b) tercer párrafo expresamente así lo dispone al sentenciar que “La liberación de las acciones penales previstas en este artículo equivale a la extinción de la acción penal prevista en el inciso 2 del artículo 59 del Código Penal...”. La norma no deja lugar a interpretaciones. Algo similar tenor surge del art. 3 de la ley 26.476.

²⁹⁹ BLANCO CORDERO, Isidoro, ob. citada, págs. 527/528.

maniobra apta para enmascarar su origen ilícito. El 27 de diciembre de 2017 se sancionó la ley 27.430 que, respecto del delito de evasión tributaria simple, eleva el umbral económico a la suma de \$ 1.500.000. Vale decir, el hecho ilícito previo, que dio lugar al inicio de la investigación por lavado, hoy no sería tal.

En lo personal, entiendo que la conducta de haber evadido la suma de \$ 500.000 – que era primigeniamente un ilícito penal– al elevarse el monto económico ha perdido el carácter de ilícito penal y siendo la ley 27.430 una ley penal más benigna que la ley 26.735, tal como lo ha sostenido la CSJN en casos similares³⁰⁰, la investigación de lavado iniciada no puede proseguir, pues los bienes –producto del delito de evasión– han perdido el carácter ilícito. Al borrarse el carácter ilícito de los activos, estos dejan de ser objeto idóneo para ser aplicado a maniobras de lavado.

7. La escala penal en el delito de lavado de activos: figura básica

7.1. Evolución legislativa en Argentina

El artículo 25 de la ley 23.737 establecía como escala penal una pena de 2 a 10 años de prisión. La ley 25.246 (art. 278 del C.P) mantuvo la escala penal de la ley 23.737 – prisión de 2 a 10 años–. A su vez, con acertado criterio, estableció que si la escala penal prevista para el delito precedente era menor que la establecida para el delito de lavado de activos, se aplicaría al caso la escala penal del delito precedente (art. 279 inc. 1°).

Finalmente, la ley 26.683 modificó el régimen de la sanción penal: por una parte, aumentó el mínimo legal y lo estableció en 3 años, aunque mantuvo el máximo en 10 años, y por otra parte y en relación a la ley anterior, eliminó la posibilidad de aplicar la atenuación de la pena cuando la que correspondía al delito subyacente fuere inferior.

El anteproyecto de Reforma y Actualización integral del Código Penal de la Nación de 2006³⁰¹ preveía una escala penal disminuía sustancialmente con relación a la prevista por la ley 25.246, en tanto castigaba el delito con una pena de prisión de 6 meses a 3 años (art. 321³⁰²). En cambio el Anteproyecto de Código Penal de la Nación (Decreto PEN 678/12) establecía una pena de 3 a 10 años de prisión (art. 172³⁰³).

7.2. Derecho comparado

En derecho comparado vamos a encontrar cuerpos normativos que sancionan el delito con una escala penal más leve que la prevista por nuestra legislación. Tal es el

³⁰⁰ CSJN; Fallos 330:4544. Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema

³⁰¹ Resoluciones M.J. y D.H. Nº 303/04 y Nº 136/05.

³⁰² Artículo 321: "...Será reprimido con prisión de seis meses a tres años y multa del cincuenta por ciento (50 %) del valor de los bienes, el que por cualquier medio facilitare la justificación ficticia del origen de bienes o ganancias provenientes de un delito o el que ayudare a invertirlos, disimularlos o convertirlos".

³⁰³ Artículo 172: "... 1. Será penado con prisión de TRES (3) a DIEZ (10) años y multa de CIEN (100) a TRESCIENTOS SESENTA (360) días, el que por un único acto o varios vinculados entre sí, administrare o convirtiere el provecho de un delito, dispusiere de él, lo transfiriere o de cualquier modo contribuyere a su circulación en el mercado, sabiendo de su origen delictivo, aunque no conociere sus pormenores, con el propósito de ocultarlo o disimularlo, cuando su valor total supere el equivalente a cien salarios mínimos, vitales y móviles.

caso del Código Penal Alemán (art. 261³⁰⁴), el Código Penal español (art. 301³⁰⁵), el Código Penal francés (art. 324.1³⁰⁶), el Código Penal de Paraguay (art. 196³⁰⁷) y la ley Orgánica de Prevención, Detección y Erradicación del Delito de Lavado de Activos y del Financiamiento de Delitos del Ecuador (art. 15³⁰⁸).

Otras en cambio contemplan una escala penal mayor. Así por ejemplo el Código Penal de Italia (art. 648bis³⁰⁹), el Código Penal de Colombia (art. 323³¹⁰), el Código Penal de México (art. 400bis³¹¹), el Código Penal de Bolivia (art. 105³¹²), la legislación penal de Uruguay (art. 30 y 31 de la ley 19.574³¹³), la legislación antilavado de Perú (art. 1,2 y 3 del decreto legislativo 1106³¹⁴), la ley Orgánica contra la delincuencia organizada y financiamiento al terrorismo de Venezuela (art. 35³¹⁵), el Código Penal de Panamá (art. 254³¹⁶) y la legislación penal de Chile (Art. 27 ley 19.913³¹⁷).

Y también existen legislaciones que contemplan una escala penal similar a la prevista en el artículo 303 del Código Penal argentino: es el caso de la legislación de Brasil (art. 1 ley 9613 modificada por ley 12.683³¹⁸)

7.3. Opinión personal. Postura crítica

La escala penal prevista en la regulación legal actual puede, en ciertos casos, afectar el principio de proporcionalidad de la pena y convertir a la misma en una pena injusta. Cualquier transgresión a la proporcionalidad de la pena vulnera el ejercicio razonable y adecuado del “*ius puniendi*” y “*ius poenale*” estatal. En general, se predica que el principio de proporcionalidad³¹⁹ exige un adecuado equilibrio entre la reacción penal y sus presupuestos, tanto en el momento de la individualización legal de la pena

³⁰⁴ “pena privativa de la libertad hasta cinco años o con multa...”.

³⁰⁵ “pena de prisión de seis meses a seis años...”.

³⁰⁶ “cinco años de prisión...”.

³⁰⁷ “pena privativa de libertad de hasta cinco años...”.

³⁰⁸ “... 1. prisión de uno a cinco años en los siguientes casos... 2. reclusión de tres a seis años, en los siguientes casos... 3. reclusión de seis a nueve años, en los siguientes casos...”.

³⁰⁹ “encarcelamiento de cuatro a doce años...”.

³¹⁰ “prisión de seis a quince años...”.

³¹¹ “cinco a quince años de prisión...”.

³¹² “prisión de cinco (5) a diez (10) años...”. Aquí el límite máximo de la escala penal es similar al nuestro, pero el mínimo es mayor.

³¹³ “pena de dos a quince años de penitenciaría...”. Aquí el límite mínimo de la escala penal es menor al previsto por nuestra regulación legal. Pero el límite máximo es considerablemente mayor.

³¹⁴ “pena privativa de la libertad no menor de ocho ni mayor de quince años...”.

³¹⁵ “prisión de diez a quince años...”.

³¹⁶ “pena de cinco a doce años de prisión...”.

³¹⁷ “Será castigado con presidio mayor en sus grados mínimo a medio”. El art. 56 del Cód. Penal de Chile establece que la escala penal del presidio mayor en su grado mínimo es de 5 años y 1 día a 10 años y en su grado medio de 10 años y 1 día a 15 años.

³¹⁸ “...reclusión, de 3 (tres) a 10 (diez) años...”.

³¹⁹ Dice la STS de 12 de noviembre de 20021, que «el principio de proporcionalidad debe su elaboración a la jurisprudencia alemana posterior a la Segunda Guerra Mundial habiéndose enriquecido con las aportaciones efectuadas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. RJ 10491. Citando, a su vez, las SSTs de 12 de mayo de 1999 (RJ 4666) y 1 de junio de 2000 (RJ 4150).

(proporcionalidad abstracta) como en el de su aplicación judicial (proporcionalidad concreta)³²⁰.

A partir de la nueva regulación legal (art. 303 CP) hay delito de lavado de activos tanto cuando el valor de los bienes supera el monto de \$ 300.000 como cuando dicho monto no es superado. Esta situación merece una mirada crítica: amplía “la incriminación más allá de lo que es político-criminalmente necesario y conveniente”³²¹. Hoy día, el beneficio de cualquier delito, sin importar el valor económico del mismo, puede convertirse en objeto idóneo del delito de lavado de activos. Así por ejemplo, un sujeto que hurta \$ 300.000 y lo pone en circulación a través de alguna conducta idónea para maquillar su origen, incurriría en el delito de lavado de activos (art. 303.1) y la escala penal aplicable ha dicho evento delictivo es de 3 a 10 años de prisión. Sin embargo, la escala penal del delito que ha generado la ganancia (y donde el disvalor es mayor) es de 1 mes a 2 años (art. 162 del CP). No parece razonable. El delito en cuestión fue pensado, diseñado y elaborado para castigar el provecho de los delitos graves. Tal como afirman VIRGOLINI y SILVESTRONI “el hecho de que la escala no se modifique en función de los distintos delitos de los que pueden provenir los bienes objeto de la maniobra, algunos de los cuales prevén penal de mucha menor entidad, es totalmente irrazonable”³²², posición a la cual adhiero. Sobre este tópico, RQUERT opina que “...lo correcto hubiera sido bajar el mínimo para dar al juzgador un marco más amplio al momento de individualizar la pena”³²³. En lo personal, comparto la opinión del reconocido profesor, pero entiendo que la solución a la problemática admite otra solución: instaurar una fórmula legal, tal como estaba regulado en la normativa anterior, que instituya que cuando la escala penal de delito antecedentes es menor a la escala penal prevista en el artículo 303 del C.P se aplicara la escala penal del delito previo.

Además por otra parte, la pena tiene que ser más grave cuanto más grave es la afectación de ese bien jurídico (figuras delictivas agravadas). El fundamento legal a este aumento de la pena descansa en que existe un mayor reproche penal en la conducta del agente que ha provocado una afectación más grave o mayor a los bienes jurídicos ofendidos. No puede castigarse con la misma escala penal a aquella operación de lavado cuyo valor económico es de \$ 300.000 que a otra cuyo monto involucrado es de \$ 3.000.000. El impacto al bien jurídico protegido (orden económico y financiero) tiene un magnitud mayor en este último supuesto. Esto tampoco parece razonable político-criminalmente hablando.

Tal como queda evidenciado, tengo una visión crítica a la regulación legal vigente de la escala penal del delito. En lo personal, entiendo que la solución a las dificultades advertidas podría resolverse, por un lado, estableciendo en la disposición normativa una

³²⁰ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. “Acto, resultado y proporcionalidad”. En Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, T. XXXV, Fasc. II, Mayo- Agosto 1982, pág. 383.

³²¹ CORDOBA, Fernando J., ob. citada, pág. 41.

³²² VIRGOLINI, Julio y SILVESTRONI, Mariano, ob. citada, págs. 263/264.

³²³ RQUERT, Marcelo., ob. citada, pág. 247.

formula –como la que contenía el viejo artículo 279.1– que establezca que, si la escala penal prevista para el delito antecedente fuera inferior a la establecida en el art. 303.1, será aplicable al caso la escala penal del delito precedente³²⁴. De esta forma se evita castigar el delito posterior (lavado de activos) con una escala penal más grave que la prevista para el hecho generador de los activos blanqueados.

Por otro lado establecería, como otra circunstancia agravantes, además de las ya previstas en el inciso 2° del artículo 303³²⁵, una relacionada con el monto de la operación, tal como ocurrido históricamente con la leyes penales tributarias (ley 24.769, ley 26.735 y ley 27.430) las cuales agravan la escala penal de acuerdo al monto evadido. De esta manera evitamos castigar con la misma graduación penal, hechos típicos disímiles en cuanto a la afectación del bien jurídico protegido (orden económico y financiero).

7.4 El lavado de activos “menor” (art. 303 inc. 4)

El artículo 303 en su inciso 4° regula, desde mi punto de vista, un lavado de activos menor o atenuado. Cuando el monto de la operación, objeto del delito, no supera la suma fijada en el inciso 1° (es decir \$ 300.000), la escala penal se reduce considerablemente: de 6 meses a 3 años. Al respecto no hare ningún comentario acerca de la escala penal, pues como ya lo expusiera, no comparto la regulación legal vigente. Propongo como posible solución regresar a la estructura de la figura penal del delito tal como se hallaba regulado en el artículo 278 del CP (ley 25.246), estableciendo un umbral económico, a partir del cual habrá delito de lavado de activos. Caso contrario o la conducta será impune o habrá de resolverse conforme a las previsiones del art. 277.

8. El abogado y el delito de lavado de activos

8.1. La percepción de honorarios maculados como conducta delictiva

8.1.1. La problemática. Posturas doctrinarias. Antecedentes jurisprudenciales

La problemática gira en torno a la viabilidad de perseguir y sancionar penalmente por el delito de lavado de activos de origen ilícito, al abogado que recibe de sus clientes, activos –bienes y/o dinero– que proceden o tienen su origen en actividades ilícitas, en concepto de honorarios profesionales.

El debate tuvo su génesis en los EEUU hacia finales de la década del ochenta y se ha mantenido constante hasta la actualidad.

³²⁴ Así, en el ejemplo del sujeto que hurta \$ 300.000 y los pone en circulación a través de alguna conducta idónea para maquillar su origen, a pesar de incurrir en el delito de lavado de activos (cuya escala penal es de 3 a 10 años de prisión) se aplicaría al reproche penal por el delito de lavado, la escala penal del delito de hurto (1 mes a 2 años).

³²⁵ La figura básica del delito de lavado de activos se agrava por las siguientes circunstancias: a) Cuando el autor realizare el hecho con habitualidad; b) Cuando el autor realizare el hecho como miembro de una asociación o banda formada para la comisión continuada de hechos de esta naturaleza; c) Cuando el autor fuera funcionario público y hubiere cometido el hecho en ejercicio u ocasión de sus funciones.

La problemática en nuestro país ha de circunscribirse, exclusivamente, a la receptación dolosa de activos de procedencia ilícita por parte de los abogados³²⁶, ya que nuestra legislación no contempla la figura de lavado de activos imprudente.

En lo que respecta a la doctrina nacional, hay cierto consenso sobre la problemática planteada. CORDOBA luego de preguntarse ¿si comete el abogado...el delito de lavado en alguna de sus variantes, si al percibir el pago por el servicio...que ha realizado se representa que el dinero recibido podría provenir de las actividades ilícitas de su cliente? responde que no, pues “no realiza ninguno de los comportamientos descriptos ni en el actual art. 303 ni en el anterior art. 278 del CP. En ninguna de esas disposiciones se tipifica, como variante de lavado, la mera adquisición de bienes provenientes de un delito”³²⁷. En sentido análogo se pronuncian FALCONE y SIMAZ, quienes proponen la impunidad de esta conducta dado que “se trata... de acciones neutrales, ejecutadas de un modo masivo, de conductas estereotipadas que no quedan incluidas en el tipo penal”³²⁸. BUOMPADRE, también se expide en forma negativa, afirmando que, la percepción de los honorarios “se enmarca dentro de una actividad totalmente lícita”³²⁹. Es convergente al respecto, la opinión de TROVATO: “Ninguna persona que vende algo a otra (o le presta un servicio lícito) podría ser imputada, por el solo hecho de venderle si ha seguido un procedimiento estándar para el tipo de operación que efectúa...Cuando el producido de un ilícito es utilizado para el pago de un bien o de un servicio que se encuentra en el mercado lícitamente (...los honorarios de su defensor de confianza) esa conducta no puede constituir blanqueo”³³⁰. Del mismo modo se expiden VIRGOLINI y SILVESTONI, quienes concluyen que “la recepción no es un modo de poner en circulación en el mercado, que es la acción que constituye el núcleo del tipo”³³¹. Mas explícito es BERRUEZO al expresar que el cobro de honorarios por parte de los abogados defensores “no es ni puede ser tipificado como lavado de dinero, ya que ello afecta distintas garantías constitucionales, tales como el derecho de defensa, el derecho a elegir libremente abogado defensor de confianza, derecho de trabajo, entre otros”³³².

En la doctrina alemana resulta relevante la opinión de KAI AMBOS, quien funda la impunidad de la conducta en una causa de justificación³³³. Asimismo, la mayoría de la

³²⁶ Es decir, cuando el profesional del derecho recibe, en concepto de honorarios activos conociendo con seguridad, su procedencia ilícita.

³²⁷ CORDOBA, Fernando J., ob. citada, pág. 109. En igual sentido se expiden FALCONE y SIMAZ quien afirman que “la mera posesión o utilización del bien...no estarían comprendidas en el tipo objetivo” (cfr. FALCONE, Roberto A y SIMAZ, Alexis L., ob. citada, pág. 195). En sentido análogo se pronuncia BUOMPADRE (cfr. BUOMPADRE, Jorge E., ob. citada, pág. 275).

³²⁸ FALCONE, Roberto A y SIMAZ, Alexis L., ob. citada, pág. 205.

³²⁹ BUOMPADRE, Jorge E., ob. citada, pág. 275.

³³⁰ TROVATO, Gustavo F. “La conducta prohibida...”, ob. citada, pág. 2118.

³³¹ VIRGOLINI, Julio y SILVESTRONI, Mariano, ob. citada, pág. 257.

³³² BERRUEZO, Rafael. “El delito de lavado y los honorarios profesionales” en *Revista de Derecho Penal. Derecho Penal Económico*, 2015-1. Ed. Rubinzal Culzoni, págs. 94.

³³³ Partiendo de la presunción de inocencia del cliente y la buena fe del abogado patrocinante del encausado, postula la existencia de una causa de justificación subjetiva y concluye que, solo en aquellos casos en los que el letrado conoce el origen ilícito de los bienes, con los cuales su cliente le paga, quedara desvirtuada la presunción de inocencia o de buena fe en su cliente, cayendo el

doctrina española considera que el comportamiento del letrado que cobra sus honorarios por los servicios profesionales prestados conociendo la procedencia ilícita de los bienes al momento de recibirlos, es una conducta típica que podría resultar justificada por la causa de justificación del ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo³³⁴. Por el contrario, BLANCO CORDERO, entiende que el comportamiento es impune, solo cuando el cobro de honorarios lo es, en el marco de un proceso penal en el que el abogado representa a un acusado de un delito, pues de lo contrario se menoscabaría el derecho fundamental a la defensa y a la asistencia letrada previsto en el art. 24.2 de la Constitución de España³³⁵. En una postura emparentada a la recién expuesta se encuentra GOMEZ-JARA DIEZ³³⁶. Del mismo modo, resulta ilustrativa la opinión del profesor peruano CARO JHON: “El abogado que cobra un honorario por brindar su servicio profesional sabiendo que el dinero que recibe tiene una procedencia ilícita está fuera del alcance de la ley penal contra el lavado de activos porque en dicho contexto su conducta no extralimita los contornos del riesgo permitido...Mientras el honorario honre un servicio profesional es indiferente su procedencia, rige una prohibición de regreso con el efecto directo de considerar neutra la conducta profesional”³³⁷

Asimismo, existen posiciones aisladas en la doctrina nacional que, se pronuncian a favor de sancionar el comportamiento del abogado que percibe honorarios maculados, subsumiendo la conducta en el delito de lavado de activos. De este modo se expiden BLANCO³³⁸ y BROND³³⁹.

fundamento de la referida causa de justificación (cfr. AMBOS, Kai. “La aceptación por el abogado defensor de honorarios “maculados”: ¿Lavado de dinero? en https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20080521_13.pdf)

³³⁴ En este sentido ARANGUEZ SANCHEZ, aunque reconoce que esto no impedirá que los honorarios sean decomisados pues es un poseedor de mala fe (cfr. ARANGUEZ SANCHEZ, Carlos, ob. citada, pág. 260); PALMA HERRERA (cfr. PALMA HERRERA, José Manuel, ob. citada pág. 537) quien expresa que es necesario que el ejercicio del derecho del abogado sea legítimo, esto es, que se realice conforme a las normas propias de la profesión.

³³⁵ Para este autor “las conductas de cobro de honorarios con bienes de origen delictivo en el contexto de procesos de otro tipo de procesos, civiles, administrativos, etc. pueden dar lugar a un delito de blanqueo” (cfr. BLANCO CORDERO, Isidoro, ob. citada, pág. 782).

³³⁶ Para este autor, la percepción de honorarios profesionales maculados se debe presumir de buena fe y por ende pregona la impunidad del comportamiento. Agrega el autor que no se presumirá la buena fe cuando se trate de “un plan preconcebido para mantener los intereses del acusado o de un tercero sobre ciertos activos ilícitos o utilizarlos de forma que les suponga un beneficio” (cfr. GOMEZ-JARA DIEZ, Carlos. “Cuestiones fundamentales de Derecho Penal Económico” Pte. General y Especial. Ed. BdeF, Montevideo-Buenos Aires, 2016, pág. 273).

³³⁷ CARO JHON, José A. “Los abogados ante el lavado de activos: recepción de honorarios sucios y deber de confidencialidad” en “Lavado de Activos y Compliance Perspectiva internacional y derecho comparado”. Ed. Jurista Editores E.I.R.L, Lima, 2015, págs. 221.

³³⁸ Este autor señala que quienes reciben ganancias ilegales intervienen en la “puesta en circulación en el mercado” de los bienes de procedencia ilícita (cfr. BLANCO, Hernán. “El nuevo art. 303.1 del Código Penal y la represión de conductas neutrales” en revista de Derecho Penal y Procesal Penal, Abeledo Perrot, diciembre de 20112, pág. 2047 citado en BROND, Leonardo G. “Lavado de dinero. Responsabilidad de defensores por la aceptación de honorarios provenientes de un ilícito penal”. Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2016, pág. 113).

³³⁹ BROND, distingue el momento de la percepción de los honorarios para subsumir la conducta punible del abogado defensor. “...el tipo penal contemplado en el art. 303 inc. 3° del CP rige para los primeros contactos entre defensor y el imputado...con la aceptación del cargo de defensor, el art. 303 inc. 3° del CP, queda desplazado por el art. 303 inc 1° (si el monto supera los \$ 300.000) o bien por el art. 303 inc. 4° del CP (si los honorarios no supera dicho monto).

Antecedentes jurisprudenciales

En la jurisprudencia argentina no hay, por el momento, pronunciamientos sobre esta cuestión.

En cambio, en otros países, los órganos jurisdiccionales si se han pronunciado en torno a determinar si comete de lavado de dinero, el abogado que percibe honorarios mediante activos ilícitos a sabiendas de su origen. Así, en los Estados Unidos de América, vamos a encontrar los primeros fallos en torno a la cuestión: el Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América, resolvió en ambos casos³⁴⁰ que los abogados que aceptan fondos ilícitos, en concepto de honorarios profesionales, no incurrían en el delito de “money laundering” pero si pueden ser objeto de decomiso esas sumas de dinero.

En Alemania, la jurisprudencia no ha sido pacífica. Por un lado, el Superior Tribunal Supremo en sentencia del 4 de julio de 2001³⁴¹ se pronunció a favor de castigar la percepción de honorarios maculados: resolvió que el tenor literal del art. 261 del Código Penal resulta inequívoco en lo que respecta a la inclusión en el tipo de la conducta del abogado que acepta en concepto de honorarios fondos procedentes de una actividad delictiva sin que esté justificada una restricción del alcance del tipo penal. En cambio, la sala Segunda del Tribunal Constitucional Federal, bajo la presidencia de Hassemer, tuvo una opinión distinta del Tribunal Supremo: en la sentencia del 30 de marzo de 2004³⁴², adoptó el criterio de la tipicidad subjetiva, según el cual si el abogado no conoce de forma razonable el origen ilícito, debe primar el derecho constitucional a la defensa y al libre ejercicio de la profesión, aunque con el límite de que el cobro se produzca dentro del propio proceso penal del delito originario del blanqueo, y no en otros. Recientemente, la sala Segunda del Tribunal Constitucional Federal ratificó este criterio mediante sentencia del 28 de julio de 2015 (2 BvR 2558/14)³⁴³. También se expidió el Tribunal Superior de Hamburgo: en fecha 6 de enero de 2000 resolvió que un defensor penal que percibe honorarios con valores patrimoniales procurados por su cliente mediante un hecho antijurídico en conocimiento de su origen, en principio no responde penalmente por lavado de activos³⁴⁴.

³⁴⁰ Caso “**Caplin & Drysdale v. United States**” (109 S.Ct. 2646, 105 L.Ed.2d 528) del 22/06/1989. Disponible en <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/491/617>

Caso “**Unites States v. Monsanto**” (491 U.S. 600) del 22/06/1989. Disponible en <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/491/600/>

³⁴¹ Sentencia del BGH, de 4 de julio de 2001 -2 StR 513/00- Landgericht Frankfurt am Main. Disponible en <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/list.py?Gericht=bgh&Art=en&Datum=2001-7-4>

³⁴² Sentencia del BVerfG, de 30 de marzo de 2004 -2 BvR 1520/01 -. Se concluyó que “El párrafo 261, inc. 2, n° 1 del Código Penal es compatible con la ley fundamental, siempre y cuando los defensores penales sean amenazados con penas únicamente cuando hubieran tenido al momento de la recepción de los honorarios conocimiento seguro de su procedencia” Disponible en http://www.bverfg.de/e/rs20040330_2bvr152001.html

³⁴³ Sentencia disponible en http://www.bverfg.de/e/rk20150728_2bvr255814.html

³⁴⁴ Sentencia del OLG Hamburgo, de 6 de enero de 2000 (2 Ws 185/99). Citado por CARO JHON, José A. “Los abogados ante el lavado de activos...”, ob. citada, pág. 230.

El Tribunal de Casación de Bélgica, en juicio Nro. P.04.1225.N I (recurso de casación 187/2004), sentencia del 18 de enero de 2005, resolvió sancionar a un abogado que había percibido dinero de origen ilícito en concepto de honorarios. En este fallo la Casación dijo que *“un abogado no goza de inmunidad penal por los delitos previstos en el artículo 505 del Código Penal;... que el hecho de que un abogado pueda ser condenado por uno de los delitos previstos en el artículo 505 del Código Penal cuando ha recibido fondos para la defensa de un acusado que ha obtenido ganancias de capital de un delito, no viola el derecho de defensa, el derecho a un juicio justo o la presunción de inocencia de esa persona acusada”*³⁴⁵. Resta agregar que el artículo 505 del Código Penal de Bélgica tipifica el delito de “blanqueo de dinero”.

También hallamos un caso en la Corte Suprema de Justicia de Perú. Las salas penales permanentes y transitorias, en el fallo Plenario N° 3-2010/CJ-116 del 10/11/2010, establecieron que la percepción de honorarios maculados por parte de un abogado no queda incurso en el delito de lavado de activos, siendo esa conducta impune. En concreto se dijo que *“la función de un lavador de activos es asegurar la ganancia o mejora patrimonial obtenida. Su ánimo delictivo está indisolublemente enlazado con la búsqueda de una consolidación aparente o fáctica de ese patrimonio de origen o componentes ilegales. De allí que el abogado...que se relacionan con el titular de activos ilícitos originales o reciclados, en ese espacio específico y neutral, propio de sus negocios standard, no actúan premunidos de esa finalidad...Por tanto los servicios que ellos prestan carecen de tipicidad”*³⁴⁶.

8.1.2. Toma de posición: atipicidad de la conducta

Las distintas teorías que la doctrina alemana³⁴⁷ y española³⁴⁸ han expuesto, con el fin de justificar la conducta del abogado defensor que acepta de sus clientes –por honorarios profesionales– activos de procedencia ilícita, tiene su razón en la extensión punitiva que tiene la figura penal en trato en esas legislaciones. Recordemos que tanto el artículo 261 del Código Penal alemán, como el artículo 301 del Código Penal español sancionan la “mera” posesión o utilización de bienes, sabiendo que éstos tienen su origen en una actividad delictiva, lo cual admite la posibilidad de criminalizar conductas socialmente adecuadas o acciones de la vida cotidiana, tales como abonar a un abogado

³⁴⁵ Ver punto “B. Examen de los motivos” apartado “1. Primer motivo” del fallo. Disponible en https://justice.belgium.be/fr/ordre_judiciaire/cours_et_tribunaux/cour_de_cassation/jurisprudence

³⁴⁶ Ver fundamento jurídico 26° del fallo. Disponible en https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/CorteSuprema/s_cortes_suprema_home/as_poder_judicial/as_corte_suprema/as_salas_supremas/as_sala_penal_permanente/as_acuerdos_plenarios_y_sentencias_vinculantes_spp/as_acuerdos_plenarios/as_2010/

³⁴⁷ La teoría de la “adecuación social” de WELZEL, la teoría de la “reducción teleológica de los tipos del delito de blanqueo de capitales” de BARTON, la teoría de la “derogación” de LUDERSEN, la teoría de la “restricción del ámbito de aplicación” de WOHLERS, la teoría de la “restricción del tipo subjetivo” de GRUNER y WASSERBURG, la teoría de la “justificación objetiva” de BERNSMANN y HOMBRECHER y la teoría de la “justificación subjetiva” de AMBOS.

defensor los honorarios por su actuación profesional. En estas legislaciones se procura "aislar económicamente al delincuente" y "privarle de toda posibilidad de blanqueo de dinero" de allí la razón de su tipificación penal tan extensiva.

Esta regulación legal tan amplia, no se observa en nuestra regulación legal: la acción típica del artículo 303 del C.P, es la puesta en circulación en la economía legal de bienes de origen delictivo, mediante una operación idónea para encubrir su origen ilícito.

En este sentido, hemos de concluir que la percepción de honorarios maculados por parte del abogado defensor en nuestra legislación es una conducta *atípica*. Y ello por dos razones elementales: En primer lugar, el cobro de honorarios por parte del abogado no tiene como objetivo ocultar el origen ilícito de los bienes, tal como lo exige el tipo penal. Y en segundo lugar, la mera posesión y/o utilización de bienes de origen ilícito no se encuentra tipificada en nuestro Código Penal.

Una última cuestión: distinto tratamiento amerita el caso del abogado que percibe honorarios muy por encima de lo convenido a fin de devolver luego parte de ellos (como maniobra de ocultación), lo que en la doctrina alemana se llama "honorarios fingidos". En este supuesto, la conducta del profesional podría llegar a subsumirse en la figura penal del lavado de activos.

9. Propuesta de "lege ferenda"

A fin de remediar los inconvenientes advertidos en la regulación legal vigente, se propone la siguiente redacción:

*"Artículo 303.- 1) Será reprimido con prisión de tres (3) a diez (10) años y multa de dos (2) a diez (10) veces del monto de la operación, el que pusiere en circulación en el mercado, bienes provenientes de un ilícito penal, **con el propósito de ocultar su procedencia ilícita y de dotarlos de una apariencia de origen lícito**³⁴⁹, y siempre que su valor supere **el equivalente a cien salarios mínimos, vitales y móviles**³⁵⁰, sea en un solo acto o por la reiteración de hechos diversos vinculados entre sí.*

2) La pena prevista en el inciso 1 será aumentada en un tercio del máximo y en la mitad del mínimo, en los siguientes casos:

a) Cuando el autor realizare el hecho con habitualidad o como miembro de una asociación o banda formada para la comisión continuada de hechos de esta naturaleza;

b) Cuando el autor fuera funcionario público que hubiera cometido el hecho en ejercicio u ocasión de sus funciones. En este caso, sufrirá además pena de inhabilitación

³⁴⁸ La teoría de la "*atipicidad de la conducta*" a la que adhieren MUÑEZ CONDE, DEL CARPIO y CAPARROS, la teoría de la "*neutralidad delictiva*" de PEREZ MANZANO, la teoría de la "*justificación*" de ARANGUEZ SANCHEZ y PALMA HERRERA.

³⁴⁹ Con una redacción como la propuesta o similar se corrige la indeterminación de la acción típica del delito y se estructura la figura penal de conformidad a los instrumentos internacionales que rigen el delito.

³⁵⁰ En países como el nuestro, donde existe una depreciación permanente de la moneda, fórmulas como la propuesta permiten mantener actualizado los umbrales económicos.

especial de tres (3) a diez (10) años. La misma pena sufrirá el que hubiere actuado en ejercicio de una profesión u oficio que requirieran habilitación especial.

c) Cuando el valor de los activos supere el equivalente a mil salarios mínimos, vitales y móviles³⁵¹

3) El que recibiere bienes provenientes de un ilícito penal, con el fin de hacerlos aplicar en una operación de las previstas en el inciso 1, que les dé la apariencia posible de un origen lícito, será reprimido con la pena de prisión de seis (6) meses a tres (3) años.

4) En los supuestos previstos en los incisos 1 ° y 3 °, si el valor de los bienes no superare la suma del valor **equivalente a cien salarios mínimos, vitales y móviles, el autor será reprimido, en su caso, conforme a las reglas del artículo 277**³⁵².

5) Las disposiciones de este artículo regirán aún cuando el ilícito penal precedente hubiera sido cometido fuera del ámbito de aplicación espacial de este Código, en tanto el hecho que lo tipificara también hubiera estado sancionado con pena en el lugar de su comisión.

6) Si la escala penal prevista para el delito precedente fuera menor que la establecida en las disposiciones de este Capítulo, será aplicable al caso la escala penal del delito precedente³⁵³

10. Bibliografía

Aboso, Gustavo E. "Código Penal de la República Argentina. Comentado, concordado. Con jurisprudencia" 4ta edición. Ed. BdeF, Montevideo – Buenos Aires, 2017.

Adrada De La Torre, Jaime. "El delito fiscal como actividad delictiva antecedente al delito de blanqueo de capitales". Disponible en <http://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/45012-delito-fiscal-actividad-delictiva-antecedente-al-delito-blanqueo-capitales>.

Ambos, Kai. "La aceptación por el abogado defensor de honorarios "maculados": ¿Lavado de dinero?" Disponible en https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20080521_13.pdf.

Arancibia, Fernanda Alejandra. "La evasión tributaria y el lavado de dinero" en RUBINSKA, Ramiro y SCHURJIN ALMENAR, Daniel (Coordinadores) "Derecho Penal Económico", tomo II. Ed. Marcial Pons, Buenos Aires, 2010, pág. 1705/1722.

Aranguéz Sánchez, Carlos. "El delito de blanqueo de capitales". Ed. Marcial Pons, Madrid, 2000.

³⁵¹ De esta forma se contempla nuestra idea de que la pena tiene que ser más grave cuanto más grave es la afectación de ese bien jurídico.

³⁵² Tal como lo expuse, no resulta político-criminalmente correcto perseguir conductas bagatelares, que de ninguna forma pueden afectar el bien jurídico protegido. Por tal razón por debajo del umbral económico propuesto no hay delito de lavado de activos.

³⁵³ De esta forma se resuelve la cuestión que se presenta cuando escala penal del delito precedente es menor a la escala penal del delito de lavado.

Bacigalupo Zapater, Enrique. "Estudio comparativo del Derecho Penal de los Estados miembros de la UE sobre represión del reciclaje o blanqueo de dinero ilícitamente obtenido", en "Curso de Derecho penal económico". Ed. Marcial Pons, Madrid, 1998.

Bajo Fernández, Miguel. "Derecho penal económico: Desarrollo económico, protección penal y cuestiones político-criminales", en: AA.VV., Hacia un derecho penal económico europeo. Jornadas en honor del Profesor Klaus Tiedemann, Madrid, Boletín Oficial del Estado, 1995.

Barral, Jorge E. "Legitimación de bienes provenientes de la comisión de delitos". Ed Ah-hoc, Buenos Aires, 2003.

Bermejo, Mateo Germán. "Prevención y castigo del blanqueo de capitales. Una aproximación desde el análisis económico del derecho". Disponible en <http://www.tesisenred.net/handle/10803/7318>.

Berruezo, Rafael. "El delito de lavado y los honorarios profesionales" en Revista de Derecho Penal. Derecho Penal Económico, 2015-1. Ed. Rubinzal Culzoni, págs. 85/122.

Bidart Campos, Germán. "Tratado elemental de derecho constitucional argentino". Ed. Ediar, Buenos Aires, 1993.

Blanco Cordero, Isidoro. "El delito de blanqueo de capitales", 4ta edición. Ed. Thomson Reuters – Aranzadi, Pamplona, 2015.

Blanco, Hernán. "Lavado de activos por sujetos obligados. Análisis desde la teoría de los delitos de infracción de deber". Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2011.

Brond, Leonardo G.

- "Análisis del dolo dentro del lavado de activos de origen delictivo a la luz de los criterios sentados por la legislación, doctrina y jurisprudencia alemana" en RUBINSKA, Ramiro y SCHURJIN ALMENAR, Daniel (Coordinadores) "Derecho Penal Económico", tomo II. Ed. Marcial Pons, Buenos Aires, 2010, págs. 1177/1206.

- "Lavado de dinero. Responsabilidad de defensores por la aceptación de honorarios provenientes de un ilícito penal". Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2016.

Buompadre, Jorge E. "Lavado de Dinero" en CARRERA, Daniel P y VAZQUEZ, Humberto (Directores) "Derecho penal de los negocios". Ed. Astrea, Buenos Aires, 2004, págs. 261/301.

Caparos, Eduardo Fabián. "El delito de blanqueo de capitales". Ed. Colex, Madrid, 1998.

Caro Coria, Dino C. "Sobre el tipo básico de lavado de activos". Disponible en http://www.cedpe.com/centro_info/archivos/ainteres/doc06.pdf.

Caro John, José Antonio. "Los abogados ante el lavado de activos: recepción de honorarios sucios y deber de confidencialidad" en "Lavado de Activos y Compliance Perspectiva internacional y derecho comparado". Ed. Jurista Editores E.I.R.L, Lima, 2015.

Cesano, José Daniel

- “Error de Tipo, Criminalidad Económica y Delito de Lavado de Activos de Origen Delictivo” en <http://ciidpe.com.ar/area1/blanqueo.pdf>.

- “El bien jurídico protegido en los delitos contra el orden económico: una aproximación a su determinación desde la perspectiva constitucional y legal (Leyes 26.683, 26.733 y 26.734) en Revista de Derecho Penal. Derecho Penal Económico, 2015-2. Ed. Rubinzal Culzoni, pags. 9/29.

Cevasco, Luis Jorge. “Encubrimiento y Lavado de dinero”. Ed. Di Placido, Buenos Aires, 2002.

Cordoba, Fernando J. “Delito de lavado de dinero”. Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2015.

Creus, Carlos W – Buompadre, Jorge E. “Derecho Penal: parte especial”, 7ma edición, tomo II. Ed. Astrea, Buenos Aires, 2013.

CUNERO LIBARONA, Mariano (H). El delito de lavado de dinero: la existencia de un delito previo y su prueba. Garantías constitucionales. Ed. Ad-hoc, Buenos Aires, 2009.

D’ALBORA, Francisco J (H). “Lavado de dinero”, 2da edición. Ed. Ad-hoc, Buenos Aires, 2011.

D’Alessio, Andrés J. –Director-. “Código Penal de la Nación. Comentado y Anotado”, Tº II, Parte Especial, 2da edición. Ed. La Ley, Buenos Aires, 2009.

Del Carpio Delgado, Juana. “El delito de blanqueo de bienes en el nuevo Código penal”. Ed. Tirant Lo Blanch, Madrid, 1997.

De Luca, Javier Augusto. “Leyes penales más benignas, en blanco y Constitución Nacional” 2da edición. Ed, Ad Hoc, Buenos Aires, 2010.

Diaz, Vicente O. “La exegesis del delito de lavado de dinero y la desvinculación con el delito fiscal” en BERTAZZA Humberto J y D’ALBORA Francisco J, “Tratado de lavado de activos y financiación del terrorismo: prevención, investigación y represión”, tomo I. Ed. La Ley, Buenos Aires, 2012, págs. 261/302.

Donna, Edgardo Alberto. “Derecho Penal. Parte Especial” Tomo III, 2da edición actualizada. Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2012.

Dopico Gomez-Aller, Jacobo. “Si todo es blanqueo, nada es blanqueo (I)”. Disponible en <http://www.legaltoday.com/practica-juridica/penal/economico/si-todo-es-blanqueo-nada-es-blanqueo-i>.

Durrieu Figueroa, Roberto.

- “La ganancia económica del delito. Lavado de dinero, decomiso y financiamiento del crimen organizado y del terrorismo”. Ed. Marcial Pons, Buenos Aires, 2017.

- “El delito tributario como fuente del lavado de activos”. Disponible en http://www.durrieu.com.ar/articulo_2013_05_14.html.

- “EL bien jurídico protegido en el delito de lavado de dinero”. Disponible en <http://www.colabogados.org.ar/larevista/pdfs/id13/el-bien-juridico-protgido-en-el-delito-lavado-de-dinero.pdf>.

Falcone, Roberto A Y Simaz, Alexis L. "El nuevo tipo penal de lavado de activos en el Código Penal argentino. Agravantes y atenuantes" en RIQUELTO Marcelo (Dirección) "Insolvencias punibles y delitos contra el orden económico y financiero". Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2017, págs. 177/230.

Folco, Carlos M. "La evasión fiscal y el lavado de dinero" en BERTAZZA Humberto J y D'ALBORA Francisco J, "Tratado de lavado de activos y financiación del terrorismo: prevención, investigación y represión", tomo I. Ed. La Ley, Buenos Aires, 2012, págs. 339/392.

Fontan Balestra, Carlos – Ledesma, Guillermo A. C. "Tratado de Derecho Penal, Parte Especial", tomo IV. Ed. La Ley, Buenos Aires, 2013.

García Cavero, Percy. "El delito de lavado de activos". Ed. BdeF, Montevideo – Buenos Aires, 2016.

Gene, Gustavo E. "La ley 25.246 de lavado de dinero y sus modificaciones. Alcances y limitaciones" en GENE, Gustavo E – CASANOVAS, Marcelo A – CAMERINI, Marcelo A y de MAGALHAES, Mario. "Legitimación de activos ilícitos". Ed. Ad-hoc, Buenos Aires, 2010.

Gomez-Jara Diez, Carlos. "Cuestiones fundamentales de Derecho Penal Económico" Pte General y Especial. Ed. BdeF, Montevideo-Buenos Aires, 2016.

Haddad, Jorge Enrique. "Ley Penal Tributaria comentada". 6ta edición. Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008.

Llerena, Patricia. "El delito de lavado de dinero" en "Combate al Lavado de Dinero en los Sistemas Judiciales", CICAD/OEA-SEDRONAR, 2002.

Marteau, Juan Felix. Lavado de dinero: estandarización y criminalización: Notas para una política criminal contra el crimen financiero en la Argentina globalizada. Disponible en <http://argentinareal.org/lavado-de-dinero-estandarizacion-y-criminalizacion/>.

Martinez-Bujan Perez, Carlos. "Derecho Penal Económico". Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

Mecikovsky, Jaime. "Lavado de dinero y evasión fiscal" en BERTAZZA Humberto J y D'ALBORA Francisco J, "Tratado de lavado de activos y financiación del terrorismo: prevención, investigación y represión", tomo I. Ed. La Ley, Buenos Aires, 2012, págs. 303/337.

Meincke, María José. "Ley 25.246 de lavado de activos de origen delictivo". Ed. Ad-hoc, Buenos Aires, 2006.

Minnata, María Josefina. "La evasión tributaria como delito precedente del lavado de activos". La Ley, Periódico Económico Tributario N° 484, febrero de 2012.

Morello, Agustín. "Lavado de activos en turismo y casinos: vulnerabilidades. Matriz tripartita de riesgos, jurisdiccional, subjetivo y objetivo. Mecanismos legales de persecución. Fuentes de acreditación". Ed. Fabián J Di Placido Editor, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2015.

Orsi, Omar G. "Lavado de dinero de origen delictivo". Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2007.

Palma Herrera, José Manuel. "Los delitos de blanqueo de capitales". Ed. Edersa, Madrid, 2000.

Pessoa, Nelson R. "Injusto Penal y tentativa. Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2007.

Plee, Raúl O. "El lavado de dinero: un fenómeno transnacional de política criminal contemporánea" en Yacobucci, Guillermo (Director) "Derecho Penal Empresario". Ed. BdeF, Montevideo – Buenos Aires, 2010.

Ponce, Juan Cruz. "El delito de lavado de activos". Ed. Ad-hoc, Buenos Aires, 2014.

Puricelli José Luis. ¿DINERO NEGRO O DINERO SUCIO?, publicado en Revista "NOP REVIEW" Enero 2012. Disponible en http://nop.com.ar/nop_rev/revistas/NR201201.pdf.

Quintero Olivares, Gonzalo.

- "Comentario al art. 301" en "Comentarios a la Parte Especial del derecho penal", 2da edición. Ed. Aranzadi, Pamplona, 1999.

- "El delito fiscal y el ámbito material del delito de blanqueo", Actualidad jurídica Aranzadi, Nº 698, 2006, pags. 1-6.

- "Acto, resultado y proporcionalidad". En Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, T. XXXV, Fascículo II, Mayo- Agosto 1982, págs. 381-408.

Rebollo Vargas, Rafael. "Controversias sobre algunos elementos del delito de lavado de activos de origen delictivo. La ley 26.683 y el art. 301.1 del Código Penal Argentino" en RIQUERT Marcelo (Dirección) "Insolvencias punibles y delitos contra el orden económico y financiero". Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2017, págs. 157/176.

Reggiani, Carlos. "Lavado de activos". Disponible en <http://www.pensamientopenal.com.ar/cpcomentado/37803-art-303-lavado-activos>.

Riquert, Marcelo A. "Algo más sobre el lavado de activos y la evasión fiscal como posible delito previo" en RIQUERT Marcelo (Dirección) "Insolvencias punibles y delitos contra el orden económico y financiero". Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2017, págs. 231/279.

Rodriguez Villar, Pacifico Y Bermejo Mateo Germán. "Prevención del lavado de dinero en el sector financiero". Ed. Ad-hoc, Buenos Aires, 2001.

Roxin, Claus. "Derecho Penal. Parte General, Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito" Ed. Thomson Reuters – Civitas, 2da reimpresión, Madrid, 2015.

Saccani, Raúl. "La investigación y prueba del lavado de activos" en BERTAZZA Humberto J y D'ALBORA Francisco J, "Tratado de lavado de activos y financiación del terrorismo: prevención, investigación y represión", tomo III. Ed. La Ley, Buenos Aires, 2012, págs. 111/162.

Silva Sanchez, Jesús María. "La receptación específica. El artículo 546 bis (f) del Código Penal Español". Ed. Edersa, Madrid, 1990.

Soler, Osvaldo H. "Tratado de derecho tributario: económico, constitucional, sustancial, administrativo, penal" 4ta edición. Ed. La Ley, Buenos Aires, 2011.

Soler, Sebastián. "Derecho Penal Argentino", Tomo II. Ed. TEA, Buenos Aires, 1963.

Souto, Miguel Abel.

• “El delito de blanqueo de capitales en el Código penal español”. Ed. Bosch, Barcelona, 2005

• “Ocultación de dinero procedente del narcotráfico en una caja de seguridad (comentario a la sentencia del tribunal supremo nº 155, de 19 de febrero)”. Disponible en <http://e-spacio.uned.es/fez/eserv.php?pid=bibliuned:revistaDerechoPenalyCriminologia-2004-13-5090&dsID=Documento.pdf>

• “Década y media de vertiginosa política criminal en la normativa penal española contra el blanqueo análisis de los tipos penales contra el blanqueo desde su incorporación al Texto punitivo español en 1988 hasta la última reforma de 2003”. En La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario, Nº 20, 2005, págs. 5-26.

Suarez Gonzalez, Carlos J. “Blanqueo de capitales y merecimiento de pena: consideraciones crítica a la luz de la legislación española. Disponible en <http://www.cervantesvirtual.com/obra/blanqueo-de-capitales-y-merecimiento-de-pena-consideraciones-critica-a-la-luz-de-la-legislacin-espola-0/>

Tazza, Alejandro. “Código Penal de la Nación Argentina comentado: parte especial”. Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2018.

Terragni, Marco Antonio. “Manual de Derecho Penal” Parte General y Especial. Ed. La Ley, Buenos Aires, 2014.

Tilve, Adrian M. “Los lavadores con los mejores contribuyentes” en Revista de Derecho Penal. Derecho Penal Económico, 2015-1. Ed. Rubinzal Culzoni, págs. 69/83.

Trovato, Gustavo F.

• Comentario al art. 303 Código Penal, en BAIGUN, David y ZAFFARONI Eugenio Raúl. “Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial”, tomo XII. Ed. Hammurabi, Buenos Aires 2017, págs. 565/587.

• “La conducta prohibida en el delito de blanqueo de capitales y la imputación penal de las personas jurídicas por lavado” en Revista de Derecho Penal Procesal Penal, Ed. Abeledo Perrot, octubre 2014, págs. 2112/22.

Vanella, Carolina A. “La prohibición de la persecución penal múltiple en los delitos económicos”. Ed. Errepar, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2016.

Virgolini, Julio Y Silvestroni, Mariano. “Derecho penal tributario”. Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2017.

Yacobucci, Guillermo. “El sentido de los principios penales”. Ed. BdeF, Montevideo – Buenos Aires, 2014.

Zaragoza Aguado, Javier Alberto. “Aspectos sustantivos del blanqueo de bienes de origen criminal”. Disponible en http://www.cicad.oas.org/lavado_activos/pubs/Combate_Lavado_3ed.pdf .

Zurzolo Suarez, Santiago. “Breves reflexiones sobre la consecuencia posible de que los bienes originarios o subrogantes adquieran la apariencia de un origen lícito, en el delito de lavado de dinero” en Revista de Derecho Penal. Derecho Penal Económico, 2015-1. Ed. Rubinzal Culzoni, págs. 123/136.