

El delito tributario como hecho precedente del tipo Lavado de Activos en la Legislación Argentina

Especialización en Derecho Penal Tributario y Económico

Alumna: Ab. Viviana del Valle Garcia Guzmán



Índice

Introducción.....	3
Capítulo I Régimen Penal Tributario	
Antecedentes normativos.....	7
Cuestiones planteadas entorno a la material penal tributaria.....	7
¿Es una facultad del Congreso de la Nación legislar en materia tributaria?.....	8
Bien Jurídico Tutelado.....	12
Tipos penales receptados en la Ley n° 27430.....	16
Capítulo II Lavado de Activos	
Un poco de historia.....	23
Contexto internacional y herramientas convencionales.....	24
Impacto de las recomendaciones del GAFI en la legislación argentina.....	25
Capítulo III Análisis normativo del tipo Lavado de Activos	
Recepción normativa.....	30
Definición.....	31
Bien jurídico tutelado.....	32
Análisis del tipo lavado de activos.....	33
Capítulo IV Mirada crítica	
1. De lege lata.....	35
1.1 Dogmática y coherencia sistémica.....	35
1.2 Delito previo.....	36
1.3 Delito posterior.....	38
1.4. Punibilidad del autolavado.....	38
1.5 El hecho ilícito tributario como hecho precedente del tipo lavado de activos41	
2 Utilidad.....	43
3 Eficacia.....	44
4 Lege ferenda.....	50
Palabras finales.....	54
Bibliografía.....	55

INTRODUCCIÓN

Los estudios criminológicos advierten que los réditos económicos de la criminalidad organizada representan un problema complejo y dinámico que contribuye de manera negativa en la economía, el gobierno y el bienestar social de las naciones implicando además una grave amenaza para la seguridad nacional, regional e internacional. Con este dato, se abre en la ciencia penal una tendencia a mirar el conflicto de una manera diferente, que mirar el delito desde sus frutos o consecuencias económicas. Si bien no se conocen cifras exactas, se estima que el dinero proveniente de la actividad ilícita supera el producto bruto interno de la mayoría de los países.

Si bien, dada su naturaleza no se puede hablar de cifras exactas, estimaciones refieren que anualmente se blanquean ganancias provenientes del tráfico de estupefacientes por una suma que oscila entre 300 mil a 500 mil millones de dólares, siendo ésta superada por el tráfico de armas (Caparrós, F., 1998). El GAFI (Grupo de Acción Financiera en contra del Lavado de Dinero) valoró la ganancia bruta obtenida de la venta de cocaína, heroína y marihuana en aproximadamente 122.000 millones de dólares por año para Europa y Norteamérica de los que unos 85.000 millones serían blanqueados. También el FMI (Fondo Monetario Internacional) calcula que los fondos objeto de blanqueo alcanzarían un monto de entre el 2% y el 5 % del PBI mundial¹ (Bermejo, M. G., 2010, pág.157). Éstos números indican el gran desafío que enfrenta la ciencia penal toda para combatir los delitos que vinculados a esta actividad tan lucrativa. Esta situación ha motivado la creación de organismos que se ocupen de estudiar esta temática y propongan planes estratégicos de carácter global.

A la par de este fenómeno, la delincuencia ha evolucionado a formas más sofisticadas de organización que desconoce fronteras. El capital migra de un Estado a otro arrastrando consigo las economías nacionales persiguiendo únicamente leyes que sean permeables a sus intereses.

¹ Tesis Doctoral inédita por la Universitat Pompeu Fabra, en <http://www.tdx.cat/handle/10803/7318>.

En este contexto, se ha desarrollado el Derecho Penal Económico, que se ocupa del análisis de los tipos penales vinculados a estas conductas tan particulares. Se entiende por sistema económico al conjunto de las estructuras que se encuentran organizadas para satisfacer las necesidades de los hombres a través de la utilización racional y eficiente de los medios y recursos disponibles. Al respecto se sostiene que

El delito económico, en sentido amplio, puede ser entendido como el comportamiento delictivo de personas que en las unidades económicas de producción o distribución de bienes o prestación de servicios, poseen posiciones que posibilitan la delincuencia en relación a estas unidades económicas y que el delito económico, en sentido estricto, pretende proteger las condiciones esenciales de funcionamiento del sistema económico (Bottke, W., 1995, pág. 637).

También se explica que

El delito económico es la conducta punible que produce una ruptura en el equilibrio que debe existir para el normal desarrollo de las distintas etapas del hecho económico; o bien, la conducta punible que atenta contra la integridad de las relaciones económicas públicas, privadas o mixtas y que como consecuencia ocasiona daño al orden que rige la actividad económica (Miranda Gallino, R., 1970, pág. 25).

Al respecto se afirma que el delito económico, en términos generales, se puede interpretar como la conducta criminal de individuos que, dentro de las unidades económicas encargadas de producir, distribuir bienes o brindar servicios, ocupan posiciones que facilitan la comisión de actos delictivos en relación con estas unidades económicas. En un sentido más preciso, el delito económico busca salvaguardar las condiciones fundamentales de operación del sistema económico (Botke, W., 1992).

También se conceptualiza al delito económico como la conducta punible que rompe el equilibrio necesario para el normal desarrollo de las distintas etapas del hecho económico o que atenta contra la integridad de las relaciones económicas

públicas, privadas o mixtas ocasionando así daño al orden que rige la actividad económica (Miranda Gallino, R.,1970).

De modo tal que, lo que caracteriza a este tipo de delitos es que con carácter general afectan bienes jurídicos supraindividuales, que a su vez, resultan pluriofensivos dada su capacidad para afectar a diversos patrimonios y bienes jurídicos en general. Afectan al mercado financiero y también el orden público económico del Estado y su capacidad para proveer los servicios básicos esenciales (salud, justicia, educación y seguridad, etc.), y que trascienden al giro comercial habitual del agente económico que se trate.

En este marco, el tipo lavado de activos tiene la particularidad de estar asociado a delitos graves, que se cometen sin respetar fronteras, lo que dificulta la investigación y castigo. Es así, que en el esfuerzo de pensar estrategias de política criminal más eficaces, el problema exige respuestas innovadoras. Bajo este prima, el tipo penal lavado de activos nace como una herramienta para tipificar la conducta desde las consecuencias económicas. Sin embargo, en el presente trabajo se graficará que la conducta de brindar apariencia lícita a bienes provenientes de actividad ilícita es una tarea que se remonta a la Edad Media.

Conceptualmente, se denomina “lavado de dinero” al proceso en virtud del cual los bienes de origen delictivo se integran en el sistema económico legal con apariencia de haber sido obtenidos en forma lícita (D’Albora, 2020, pág. 21).

En el presente trabajo podremos apreciar que la doctrina reconoce tres etapas en el proceso de “lavado”: 1) Colocación; 2) Estratificación y 3) Integración; las cuales serán analizadas a la luz de una coherencia interna del sistema penal como también la eficacia.

Se señala que este trabajo apunta a responder la siguiente pregunta ¿es el delito tributario hecho precedente del delito de Lavado de Activos? Y si ello fuera así, desde una perspectiva teleológica ¿resulta ello coherente sistémicamente? Y en ese sentido ¿cuál es la utilidad práctica?

Con ese objetivo, en el presente trabajo se desarrollará la vinculación del delito tributario con el tipo lavado de activos. Para lo cual, metodológicamente, en primer término se realizará un análisis de los antecedentes normativos del Régimen Penal Tributario, el debate que se produjo en doctrina la decisión legislativa de elevar a categoría de delito las diversas conductas vinculadas al incumplimiento de

pago de tributos. También se referenciará las diferentes posturas que se asumen en doctrina del bien jurídico tutelado por la norma, para finalmente describir las conductas que abarca los tipos penales tributarios.

Luego de ello, se analizará el tipo penal lavado de activos, su contexto normativo internacional bajo el cual se desarrolla la figura penal, las normativas del GAFI, como también la influencia de este desarrollo doctrinal y normativo ha influido en la legislación argentina en cuanto a la recepción del tipo penal como también las sucesivas reformas legislativas que han marcado los últimos 50 años; el bien jurídico tutelado y las conductas que abarca el tipo penal lavado de activos y también un breve análisis de cómo ha receptado esta figura penal el derecho comparado.

Posteriormente, se analizarán estas dos figuras penales combinadas para luego formular una crítica en relación a su regulación normativa, sistematización y coherencia dogmática. Luego vincular dicha regulación a la luz de la eficacia, para lo cual se recabarán los precedentes jurisprudenciales. Finalmente, como consecuencia de la crítica que se formula, realizar un aporte para una eventual reforma legislativa.

REGIMEN PENAL TRIBUTARIO

1. Antecedentes normativos

La ley de impuestos internos del siglo XIX establecía un mecanismo sancionatorio para el incumplimiento frente a las retenciones. Posteriormente, en el año 1932, se sanciona la Ley n° 11.683 de Procedimiento Tributario, que incluye en su articulado normas penales de derecho tributario. Luego, en 1964 se dicta la Ley n° 16.656 que reprime penalmente a los agentes de retención que no depositen en término los impuestos retenidos. Luego le sucedieron el dictado de las leyes n° 20.644 y n° 20.658 que pretendieron sancionar penalmente los delitos tributarios, pero éstas fueron derogadas por las leyes n° 21.344 y n° 22.148 del año 1978 y por la Ley n° 21.858 que establecía penas de arresto por incumplimiento. Éstas normas tuvieron la particularidad de que para que actuara la sanción penal, se exigía un procedimiento administrativo que determinara previamente la obligación tributaria, razón por la cual, por lo engorroso de la tramitación de este requisito prejudicial, cuando se habilitaba la acción penal, ésta nacía prescripta debido al transcurso del tiempo. Por tanto, los problemas penales que pudieran plantear estas leyes sólo se formulaban a nivel dogmático.

El 7 de Febrero de 1990 se sanciona la Ley n° 23.771, que regula por primera vez la materia penal tributaria. Esta norma tipificó las conductas evasivas o defraudadoras del Fisco, dejó de lado la exigencia previa de la determinación administrativa, habilitando el ejercicio de la acción penal con la elaboración de un informe técnico.

Finalmente, el 19 de diciembre de 1996 el Congreso de la Nación sanciona la Ley n° 24.769, Ley Penal Tributaria, que deroga el sistema anterior. El texto legal dispuso -a diferencia del Proyecto remitido por el Poder Ejecutivo- que para la configuración del tipo penal (como condición objetiva de punibilidad) la suma evadida o retenida debía superar un determinado monto de dinero. Posteriormente,

se sanciona la Ley n° 26.735 (publicada en B.O. 28 de diciembre de 2011) que se ocupa de elevar las sumas fijadas como condición objetiva de punibilidad. Luego, el Régimen Penal Tributario instaurado por la Ley n° 27.430, deroga el sistema anterior y se ocupa, entre otras cosas, de elevar nuevamente los montos fijados en el sistema derogado.

Razón por la cual, esta decisión de política criminal de elevar el monto respecto de los cuales se habilita la acción penal, repercute en el ámbito de las causas en trámite y ello ha motivado que el Procurador General de la Nación instruya a los fiscales a fin de procurar evitar la extinción de la acción penal por aplicación retroactiva de la ley penal más benigna.

2. Cuestiones que se plantearon en torno a la materia penal tributaria

2.1. ¿Es una Facultad del Congreso de la Nación la regulación del Régimen Penal Tributario?

La doctrina ha cuestionado la potestad del legislador federal de extender el Régimen Penal Tributario a la tributación local. Se pregunta si el Congreso de la Nación se encuentra constitucionalmente facultado para tipificar delitos que tutelén, no sólo la hacienda nacional, sino también a los tesoros y rentas tributarias provinciales y municipales (artículos 67, inc. 11, 104 y 108 de la Ley Fundamental -texto 1853-1860-, hoy artículos 75, inc.12, 121 y 126 -texto oficial Ley N° 24.430-).

Concretamente, los argumentos que se esgrimen en una y otra postura giran en torno a si el delito penal tributario constituye una rama especial o no, si la legislación por parte del Congreso de la Nación en la materia invade materia reservada a las provincias, afectando de este modo su autonomía. La respuesta a esta cuestión coloca indefectiblemente en una u otra postura.

Así, entre quienes sostienen que el Congreso no se encuentra facultado para legislar penalmente en materia de tributos locales (Fernando Castellanos; Francisco Marchetti; Daniel Pablo Correas; entre otros), en líneas generales argumentan que se trata de un problema de potestades, no de jerarquía constitucional. Afirman que la competencia del Congreso de la Nación se ejercita por delegación expresa, reservando para sí las provincias todo el poder no delegado. Todo lo no delegado

expresamente, constituye exclusivamente facultad reservada a las provincias (art. 121 de la C.N.).

Expresan que la materia penal tributaria no se trata de derecho común o de fondo (que habilitaría al Congreso a legislar, por imperio del art. 75 inc. 13 de la C.N.) sino que constituye el poder reservado por las provincias que no debe confundirse, debido a que el sistema federal argentino no establece un orden de sumisión o jerarquías sino que por el principio de autonomía las provincias al construir el estado nacional delegaron expresamente a la Nación las facultades que ésta pudiera ejercer, conservando para sí todo el poder no expresamente delegado.

Desde otra perspectiva, se encuentra el sector doctrinario que interpreta que el Congreso de la Nación sí se encuentra facultado para legislar en materia penal tributaria (entre los que menciono autores como José O. Casás, Sebastián Soler, entre varios otros).

En primer término, fundamentan que se trata de una norma de derecho común o de fondo, con lo cual el art. 75 inc. 12 lo faculta. Invocan como antecedentes la Ley nº 23.771 -constituidos por el Capítulo XXVIII, de la Ley nº 23.697 de Emergencia Económica, el Mensaje del Poder Ejecutivo y los Informes de las Comisiones de la Cámara de Diputados de la Nación-, como el debate parlamentario y el texto de la ley tal cual fue sancionada, permiten clasificarla de tal modo, más allá de que no haya sido incorporada al cuerpo del Código Penal.

En este aspecto, se debe recordar que modernamente se entiende que en la materia penal es más amplia que las conductas delictuales. Esto es, existe un derecho sancionador que se integra con las sanciones penales -materia que ejercita exclusivamente el Congreso de la Nación con la tipificación de las conductas delictuales- y las sanciones administrativas, potestad que ejercitan los organismos federales, provinciales o municipales según el caso.

Teniendo presente ello, corresponde señalar que bajo esta categorización, no resulta difícil sustentar la tesis que el legislador federal se encuentra facultado para legislar en materia penal tributaria, y que sean los organismos provinciales o federales quienes sean competentes para intervenir en los procesos que se substancien con motivo de dicha infracción penal. En concreto, si una acción calificada como delito de evasión recae sobre un tributo nacional (sea I.V.A., Impuesto a las Ganancias, etc.) será competente la justicia federal para intervenir en

el proceso penal que se substancie; en tanto que si la acción calificada como evasión recae sobre un tributo local (Rentas, Impuesto Automotor, etc.) será competente la justicia provincial. Asimismo, si idéntica conducta no supera el umbral de punibilidad fijado en la norma, según el tributo que se trate la acción que se ejercite tramitará conforme las reglas de la Ley n° 11.683 o el Código Fiscal de la provincia que se trate.

En línea con el argumento sustentado,

la CSJN al afirmar el principio de autonomía del Derecho Tributario, siempre lo ha hecho con referencia al Derecho Privado, y dentro de este al Derecho Civil, en tanto, los supuestos de hecho que dan origen a las obligaciones fiscales constituyen fenómenos de la vida económico social regidos por el Derecho común. En cambio, en el campo del Derecho Público en que se desenvuelve tanto el Derecho Tributario como el Penal, la Corte no ha reiterado tal doctrina, e incluso ha reconocido en numerosos pronunciamientos el carácter penal de las sanciones tributarias, ya que tuvieran por objeto castigar defraudaciones u omisiones fiscales o asegurar el cumplimiento de deberes formales².

Finalmente, para completar el análisis falta responder al interrogante si los delitos tributarios son leyes especiales o forman parte del derecho común.

Corresponde señalar, a modo ejemplificativo que a nadie se le ocurriría sostener que una provincia pudiera legislar el homicidio, constituye una materia de derecho común. Así como tampoco la Nación podría forzar a una provincia la aplicación automática de una ley federal, por ejemplo en un conflicto fiscal aplicar las normas de la Ley n° 11.683. Dicho deslinde normativo constituye la esencia del diseño de nuestro esquema federal. A este respecto, entiendo que corresponde señalar que el poder sancionador del Estado es mucho más amplio que el derecho penal. Con lo cual, esta división de facultades establecida en la Constitución mediante la cual compete a la Nación dictar las normas en relación a derecho común o de fondo (art. 75 inc. 12) y las provincias conservan todo el poder no delegado, por ejemplo la potestad sancionatoria administrativa, la que, dicho sea de

² CSJN., Fallos 205:173; 211:1380; 212:413, entre otros.

paso, se ejerce en diversas esferas de la administración pública. Es así que las provincias dictan sus propios Códigos Fiscales que regulan autónomamente todo lo relativo a la imputabilidad, responsabilidad, prescripción, sanciones, reducción de sanciones, extinción de la acción, etc. respecto a las conductas que los mismos cuerpos normativos prohíben y/o sancionan. Lo mismo puede decirse respecto del poder de policía que se ejercita mediante los códigos de convivencia.

Sentado ello, corresponde señalar que sostengo que aunque el Código Penal no constituya un cuerpo único –como debería serlo- dicha omisión no puede llevarnos sin más a concluir que el cúmulo de leyes especiales que se sancionaron por ejemplo, Ley n° 14.346 Protección a los animales contra actos de crueldad, Ley n° 19.359 Régimen Penal Cambiario, Ley 23.592 Actos Discriminatorios, Ley n° 23.737 Estupefacientes, Ley 24.417 Protección contra la Violencia Familiar, entre muchas otras, constituyen un claro ejemplo que a pesar de la obligación de que el derecho común o de fondo debe estar codificado en un cuerpo normativo único, a nadie se le ocurriría pensar que estas leyes especiales constituyen una intromisión indebida en una esfera de competencia no delegada a la Nación. Idéntica postura, asumo, debe adoptarse respecto la Ley n° 27.430 Régimen Penal Tributario.

Cabe señalar asimismo, que salvo que una cláusula constitucional o la propia norma establezca la competencia federal, será competente para entender los tribunales locales o federales según la materia o territorio conforme al reparto de competencias establecido.

Finalmente, otra arista respecto al tema representa la materia de especialidad, ya que quienes abonan la otra postura (Sferco, José M., entre otros) refieren que por tratarse de leyes especiales se encuentra vetado la aplicación de la parte general que establece el Código Penal. Al respecto, debo señalar que el principio de especialidad en materia penal establece que si la Ley especial prevé un mecanismo específico diferente al establecido en la parte general del Código Penal aquel deberá prevalecer por sobre éste por aplicación de tal principio. Sin embargo, ante la ausencia de una norma especial, se aplican las reglas generales del Código Penal. En términos más sencillos, nada obsta la aplicación del mecanismo de suspensión de juicio a prueba (76 y ss. del C.P.) o reparación integral (59 inc. 6 del C.P.) en materia tributaria, ya que el único mecanismo de extinción de la acción penal que prevé el Régimen Penal Tributario se encuentra previsto para el incipiente

trámite de ejercicio de la acción. (artículo 16.- En los casos previstos en los artículos 1º, 2º, 3º, 5º y 6º la acción penal se extinguirá, si se aceptan y cancelan en forma incondicional y total las obligaciones evadidas, aprovechadas o percibidas indebidamente y sus accesorios, hasta los treinta (30) días hábiles posteriores al acto procesal por el cual se notifique fehacientemente la imputación penal que se le formula.).

Es decir, se postula que se asuma idéntica postura respecto de a las otras conductas que quedan tipificadas por leyes especiales y el trámite se realiza ante los tribunales provinciales. Ejemplo de ello constituye la Ley de Estupefacientes y el narcomenudeo.

2.2 Bien Jurídico Tutelado

La noción de bien jurídico constituye una brújula que otorga al derecho penal el norte interpretativo y a la vez un dique contentor de la tendencia expansionista del poder punitivo del Estado. En lo personal, considero que además resulta un buen ejercicio para comprender e interpretar los tipos penales indagar respecto qué es lo que el legislador ha pretendido “tutelar” con ellos.

Este ejercicio que planteo, no resulta novedoso, ya que si observamos que la aparición histórica y pertenencia filosófica de la noción de bien jurídico podemos advertir que se esboza ya con Aristóteles, Epicuro y resulta común denominador de toda la cultura penal ilustrada (Bentham, Locke, entre otros), ya que todos ellos exigen la causación de un daño a un tercero como elemento fundante, causa y medida de la prohibición de la sanción impuesta.

En esta línea, modernamente, Roxin en su concepción de bien jurídico (expresivo en su contenido y límite del derecho penal) considera que no sólo existen bienes jurídicos individuales, ya sea por ejemplo, son también bienes jurídicos el Estado, las divisas o la administración de justicia. Define al bien jurídico como “circunstancias dadas o finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en el marco de un sistema social global estructurado sobre la base de esa concepción de los fines o para el funcionamiento del propio sistema” (Roxin, K., 1997, pág. 56).

De este modo, como punto de partida creo que es útil recordar en referencia al tema que ya Juan Bautista Alberdi claramente exponía que “sin rentas, no hay

Estado". Por lo cual, desde esta óptica, resulta fácil deducir que el derecho penal tributario (o derecho tributario penal) tiene por objeto proteger las arcas del Estado, en su faz dinámica, esto es, el flujo líquido de dinero que posibilita su existencia y subsistencia.

Sentado ello, corresponde señalar que no existe consenso en doctrina respecto a cuál es el bien jurídico tutelado en relación a los tipos penales tributarios. En este aspecto, la doctrina entiende

Hay distintas teorías que explican el bien jurídico en los delitos tributarios que fueron explicitadas en la obra de Catania, así como también, con similar criterio clasificatorio, en el libro de Ayala Gómez, que pueden sintetizarse en la consideración del delito tributario como: delito sin bien jurídico; delito contra el orden socioeconómico; delito contra el poder tributario del Estado; delito contra el deber de colaboración de los contribuyentes; delito contra la función tributaria; delito contra el patrimonio (erario público); delito contra la Hacienda Pública en sentido dinámico. Las aludidas definiciones estarían incluídas dentro de los bienes jurídicos colectivos (que se caracterizan por las necesidades de carácter social y económico, la participación de todos en el proceso económico-social)... Muñoz Conde entiende que el bien jurídico protegido por los delitos tributarios directamente es la facultad del Estado de intervenir en la Economía, por ello considera que debería limitarse su ámbito de acción a las subvenciones a empresas y actividades económicas, aunque el propio autor reconoce que éste podría ser aún más amplio de acuerdo al sistema del Derecho Penal alemán (Borinsky, M., Galvan Greenway, J.P., Biscayart, J., Turano, P.N., 2012, pág. 24).

Más claramente,

No cabe duda que cuando las leyes penales tienden a la protección de la Hacienda Pública, lo que se quiere expresar, al utilizar dicha expresión, es que el Estado perciba los recursos que le legítimamente le corresponde percibir y que no gaste

indebidamente dinero. En definitiva, se tiende a proteger la percepción de los recursos y la realización de los gastos. De ahí que se haya dicho que no se protege el “patrimonio” del Estado, pues ya está protegido por el Código Penal, o bien que el Código Penal protege el patrimonio del estado desde el punto de vista estático, como conjunto de bienes y que la “hacienda pública”, lo protege desde el punto de vista dinámico, como el fluir de los bienes que ingresan y egresan del estado para atender sus funciones y sus fines (Damarco, J.H., 2017, pág. 6).

De modo tal que, el bien jurídico tutelado por la norma es la Hacienda Pública, en el sentido de preservar la percepción de los tributos y su posterior reencauzamiento social, instrumento que el legislador ha considerado necesario para asegurar el correcto funcionamiento del sistema impositivo a la vez que evitar la evasión tributaria. No se trata de un exclusivo propósito de recaudación, sino que se orienta a una meta de significativo contenido social cuya directriz es la sujeción a las leyes fiscales, como medio para que el Estado pueda cumplir sus fines de bien común. Defraudar al Estado por tanto, no significa defraudar a un ente abstracto, sino defraudar a los demás conciudadanos, a los que se priva de los beneficios y mejoras que podrían realizarse con las cantidades eludidas y a quienes se sobrecarga con unos tipos impositivos elevados para compensar el fraude. (Borinsky, M., Galvan Greenway, J.P., Biscayart, J., Turano, P.N., 2012).

Por lo cual, se puede afirmar que en doctrina argentina, en general se condensa que

el bien jurídico protegido actualmente en la Ley Penal Tributaria es la Hacienda Pública (nacional, provincial y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires) en su faz dinámica, en atención a que por aquel concepto se evidencia la importancia del flujo constante y permanente de gastos y asignaciones públicas para atender a las funciones estatales básicas, cuyo incumplimiento por algún contribuyente implica afectación de la recaudación fiscal y también del principio de solidaridad social. (Borinsky, M., Galvan Greenway, J.P., Biscayart, J., Turano, P.N., 2012, pág. 26).

En idéntico sentido lo ha interpretado la jurisprudencia, es la hacienda pública nacional en un sentido dinámico, esto es, la actividad financiera del Estado como proceso dirigido a obtener recursos y realizar el gasto público; es decir, el sistema de recaudación normal de ingresos para solventar el gasto público demandado por la atención de los cometidos básicos del Estado³.

En relación a ello, la CSJN ha sostenido que todo lo referido al régimen impositivo y a su función en el marco de la sociedad, constituye un instrumento de regulación, complemento necesario del principio constitucional que prevé atender al bien general al que conduce la finalidad ciertamente extrafiscal de impulsar la expansión de las fuerzas económicas⁴.

Por ello, y desde la perspectiva que se propone, se interpreta que las sucesivas reformas tributarias operadas en cuanto a los montos que habilitan el ejercicio de la acción penal, lo que hacen es evidenciar la intensidad de afectación del patrimonio estatal -en su faz dinámica- y que es en esta medida que se habilita el poder punitivo del Estado, por debajo de ello, el Estado se autolimita y considera insignificante la lesión al patrimonio estatal y por tanto una conducta atípica.

Por ello mismo, el legislador con la decisión de política criminal de sustraer del derecho administrativo determinadas conductas por considerarlas que afectan con una intensidad suficiente el patrimonio estatal que ponen en riesgo su subsistencia, y elevarlas a la categoría de ilícito penal nacen de inmediato en cabeza de las partes las garantías que el sistema penal otorga a quienes a éste se someten. Es decir, que esta decisión cuenta con la pretendida ventaja de la eficacia (ya que se vale del poder intimidatorio que ostenta el derecho penal, función de prevención general positiva de la norma), pero, como contracara de ello es que se expande el horizonte de garantías que el sistema penal brinda a quienes a él se someten. Esta interpretación ha sido sostenida por la CSJN cuando dijo que las infracciones y sanciones tributarias integran el derecho penal especial y les son aplicables las disposiciones generales del Código Penal, salvo disposición expresa o implícita en contrario⁵.

³ Cámara Nacional de Casación Penal, “Amoreno, H” Sala I, del 17/11/95

⁴ CSJN., Fallo 316:42.

⁵ CSJN., fallo: “Usandizaga, Perrone y Juliarena SRL – DGI”, 15/10/1981.

Por ello, y siguiendo con esta línea de razonamiento, interpreto que las reformas introducidas al sistema penal tributario lo que hacen es mensurar o cuantificar cuándo la conducta típica de evadir o retener sumas de dinero destinadas a la hacienda pública provoca una afectación de entidad o gravedad al patrimonio dinámico del Estado que habilita el ejercicio del poder punitivo, por debajo de ello una idéntica conducta que no supere el monto fijado en la norma, resulta atípica por haberse considerado de mínima o insignificante afectación al bien jurídico tutelado. Y es en este punto cuando se pone en marcha el principio de lesividad que funciona también como un dique de contención del poder punitivo del Estado.

En este sentido, estimo que cuando en el mensaje de elevación del Proyecto de Ley⁶ remitido por el Poder Ejecutivo se refiere que, en lo respectivo a la conducta punible, dado el tiempo transcurrido desde la última modificación en 2011, se entiende oportuno actualizar los montos de las condiciones objetivas de punibilidad de cada uno de los delitos tipificados en la ley a fin de adecuarlos a la realidad económica imperante, lo que se hace en realidad es cuantificar la afectación o lesividad al patrimonio dinámico del Estado, que no es otra cosa más que autolimitarse en el sentido ya referido.

La volatilidad de la economía argentina, a cuyos vaivenes desde la tipificación de la conducta como delictual al presente, provoca que a fin de respetar el principio de lesividad penal el monto retenido o evadido fijado en la norma sea revisado periódicamente a fin de no generar la masiva proliferación de causas penales como consecuencia de las sucesivas devaluaciones de la moneda nacional, lo que genera serios problemas al momento de su aplicación sustantiva.

3. Tipos penales receptados en la Ley n° 27.430

El Régimen Penal Tributario contenido en el Título IX de la Ley 27.430 contiene cinco títulos: Título I: Delitos Tributarios; Título II: Delitos Relativos a los Recursos de la Seguridad Social; Título III: Delitos Fiscales Comunes; Título IV: Disposiciones Generales y Título V: De los Procedimientos Administrativo y Penal.

Los delitos tributarios constituyen ilícitos integrantes de la denominada criminalidad económica y las figuras receptadas por el derecho penal argentino son

⁶ <https://zuletasintecho.files.wordpress.com/2017/11/mensaje-nc2b0-126-2017.pdf>, p. 27

la evasión, simple y agravada, aprovechamiento indebido de beneficios fiscales y apropiación indebida de tributos.

El delito de evasión podría definirse como aquellas acciones que tienden a obtener una reducción parcial o eliminación total del importe que, por ley, se debe abonar por un tributo, sea por acción o por omisión, mediante la utilización de cualquier ardid o engaño (Haddad, 2008, p. 10). En el derecho argentino se recepta la figura de base, evasión simple, tipo penal que se agrava cuando el monto supera la suma de quince millones de pesos o por la modalidad comisiva.

Así, el art. 1° establece:

Evasión Simple,

Será reprimido con prisión de dos (2) a seis (6) años el obligado que mediante declaraciones engañosas, ocultaciones maliciosas, o cualquier otro ardid o engaño, sea por acción o por omisión, evadiera total o parcialmente el pago de tributos al fisco nacional, al fisco provincial o a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, siempre que el monto evadido excediere la suma de un millón quinientos mil de pesos (\$ 1.500.000) por cada tributo y por cada ejercicio anual, aun cuando se, tratase de un tributo instantáneo o de período fiscal inferior a un (1) año. Para los supuestos de tributos locales, la condición objetiva de punibilidad establecida en el párrafo anterior se considerará para cada jurisdicción en que se hubiere cometido la evasión.

En tanto que el art. 2° reza,

Evasión agravada,

La pena será de tres (3) años y seis (6) meses a nueve (9) años de prisión cuando en el caso del artículo 1° se comprobare cualquiera de los siguientes supuestos: a) El monto evadido superare la suma de quince millones de pesos (\$ 15.000.000); b) Hubieren intervenido persona o personas humanas o jurídicas o entidades interpuestas, o se hubieren utilizado estructuras, negocios, patrimonios de afectación, instrumentos fiduciarios y/o jurisdicciones no cooperantes, para ocultar la identidad o dificultar

la identificación del verdadero sujeto obligado y el monto evadido superare la suma de dos millones de pesos (\$ 2.000.000); c) El obligado utilizare fraudulentamente exenciones, desgravaciones, diferimientos, liberaciones, reducciones o cualquier otro tipo de beneficios fiscales, y el monto evadido por tal concepto superare la suma de dos millones de pesos (\$ 2.000.000); d) Hubiere mediado la utilización total o parcial de facturas o cualquier otro documento equivalente, ideológica o materialmente falsos, siempre que el perjuicio generado por tal concepto superare la suma de un millón quinientos mil de pesos (\$ 1.500.000).

Faz Objetiva:

Sujeto activo: la calidad de autor se restringe a todos aquellos obligados al pago de tributos, los cuales fueron determinados por los artículos 5 y 6 de la Ley 11.683.

Acción típica: consiste en evadir el pago de los tributos de forma total o parcial en cualquiera de las formas descriptas por el legislador o de cualquier otro modo que alcance tal finalidad. Además, se exige para la consumación del tipo que la suma no pagada exceda el monto señalado por el legislador.

Objeto del delito: retracción del valor del tributo a la hacienda pública (en cualquiera de la faz estatal, según el tributo retraído sea nacional, provincial o municipal) debiendo superar el monto determinado (esto es un millón quinientos mil pesos para el caso de evasión tributaria simple; y quince millones de pesos para el caso de evasión tributaria agravada) como condición objetiva de punibilidad por cada tributo y por cada ejercicio anual, aun cuando se, tratare de un tributo instantáneo o de período fiscal inferior a un (1) año.

Sujeto pasivo: el Estado, sea nacional, provincial o municipal.

Consumación: la doctrina entiende que el delito se consuma al vencimiento del pago de la última obligación correspondiente al ejercicio anual o, vencida la obligación cuando se realiza la maniobra ardidosa para evadirse del pago. Nunca antes del cierre del ejercicio anual, tiempo hasta el cual es posible el desistimiento al que alude el arte 43 del C. Penal. En caso de los tributos de periodicidad instantánea o periodicidad inferior a un año, la maniobra ardidosa que supere el

umbral de punibilidad debe considerarse una tentativa acabada si vencieron las obligaciones tributarias y el contribuyente no cerró aún su ejercicio anual.

Faz Subjetiva:

Se trata de un delito doloso que admite cualquier grado, sea directo o eventual.

Cabe señalar que la figura de base se agrava cuando:

- En relación al monto evadido, supere la suma de quince millones de pesos (\$15.000.000).
- Por la modalidad comisiva:

Intervinieron personas físicas o jurídicas o entidades interpuestas, o se utilicen estructuras con la finalidad de ocultar la identidad o dificultar la identificación del verdadero sujeto obligado, siempre que el monto evadido supere la suma de dos millones de pesos (\$2.000.000). Corresponde señalar que la razón del agravamiento radica en la dificultad que el uso de estos mecanismos de ocultación del verdadero obligado. Se señala que se trata de una circunstancia objetiva que supone una mayor gravedad del injusto porque denota una conducta de mayor peligrosidad en relación con el bien jurídico protegido y encuentra su fundamento en la mayor facilidad para la comisión del delito y su impunidad (Borinsky, M., Galvan Greenway, J.P., Biscayart, J., Turano, P.N., 2012, pág. 70).

Utilización fraudulenta de beneficios fiscales. La doctrina señala que esta agravante se trata de un elemento normativo de estricta valoración jurídica que carece de sustento legal fuera del Régimen Penal Tributario y que intenta comprender las herramientas de política fiscal que se utilizan para dirigir la economía mediante incentivos fiscales que disminuyen o difieren la carga. Al respecto se interpreta que se está frente a un beneficio fiscal, no solamente cuando se disminuye la carga tributaria sino también cuando se difiere la obligación de pago del tributo. Ello por cuanto el Estado no sólo tiene interés en la íntegra percepción de los tributos, sino que además lo tiene en que sean pagados tempestivamente (Borinsky, M., Galvan Greenway, J.P., Biscayart, J., Turano, P.N., 2012, pág. 72).

Por el uso de facturas apócrifas o cualquier documento equivalente cuando el perjuicio generado supere la suma de un millón quinientos mil pesos (\$1.500.000). Se explica que esta agravante se justifica por el uso de estructuras u organizaciones criminales que se encuentran concebidas para defraudar al Fisco. Por lo cual, el

peligro de afectación al bien jurídico tutelado se incrementa y allí radica la razón de la agravante.

El aprovechamiento indebido de beneficios fiscales, consiste en aprovecharse mediante ardid o engaño de los beneficios que el Estado otorga, actuando inducido por la maniobra indebida del agente.

El art. 3 establece,

Aprovechamiento indebido de beneficios fiscales.

Será reprimido con prisión de tres (3) años y seis (6) meses a nueve (9) años el obligado que mediante declaraciones engañosas, ocultaciones maliciosas o cualquier otro ardid o engaño, se aprovechar, percibiére o utilizare indebidamente reintegros, recuperos, devoluciones, subsidios o cualquier otro beneficio de naturaleza tributaria nacional, provincial o correspondiente a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires siempre que el monto de lo percibido, aprovechado o utilizado en cualquiera de sus formas supere la suma de un millón quinientos mil de pesos (\$ 1.500.000) en un ejercicio anual.

Faz Objetiva:

Sujeto activo: el beneficiario de reintegros indebidos, recuperos, devoluciones, subsidios o cualquier otro beneficio de naturaleza tributaria -sea nacional, provincial o municipal-.

Acción típica: consiste en todas las maniobras engañosas o ardidosas que se utilizan para que se produzca el desprendimiento patrimonial que afecte al erario público defraudado.

Objeto del delito: nuevamente, consiste en la retracción del valor del tributo a la hacienda pública (en cualquiera de la faz estatal, según el tributo retraído sea nacional, provincial o municipal) mediante el uso de la astucia para obtener un provecho, debiendo superar el monto de un millón quinientos mil pesos (\$1.500.000) por cada tributo.

Sujeto pasivo: el Estado, sea nacional, provincial o municipal.

Consumación: la doctrina refiere que cabe reconocer una consumación formal cuando la disposición patrimonial que produce el Estado afectado ingresa en

la esfera de control del patrimonio del sujeto activo, es decir, cuando efectivamente lo puede aprovechar, la limitación temporal establecida en relación con la cuantía impediría que el delito se considere materialmente consumado antes del vencimiento de ejercicio del agente (Borinsky, M., Galvan Greenway, J.P., Biscayart, J., Turano, P.N., 2012, pág. 88). Dado ello, la figura admite tentativa.

Faz Subjetiva:

Se trata de un delito doloso que admite cualquier grado, sea directo o eventual.

La apropiación indebida de tributos, se trata de una conducta contra el patrimonio que consiste en que quien legalmente se encuentra obligado a recibir dinero (sea como agente de retención o percepción) por una conducta subsecuente omite su depósito en las cuentas de órgano recaudador destinatario. De modo tal que la actitud omisiva transforma en ilegítima la originalmente legítima posesión.

El art. 4 establece,

Apropiación indebida de tributos.

Será reprimido con prisión de dos (2) a seis (6) años el agente de retención o de percepción de tributos nacionales, provinciales o de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, que no depositare, total o parcialmente, dentro de los treinta (30) días corridos de vencido el plazo de ingreso, el tributo retenido o percibido, siempre que el monto no ingresado, superare la suma de cien mil pesos (\$ 100.000) por cada mes (art. 4).

Faz Objetiva:

Sujeto activo: resulta toda aquella persona a quien la ley le otorga el carácter de agente de percepción o retención.

Al respecto, la doctrina señala que retiene quien mantiene en su poder algo que ya tenía percibe quien recibe algo que hasta ese momento no tenía. En función de los alcances de la norma, en una operación comercial se retiene parte la suma a abonar y se percibe un plus de la suma correspondiente al pago por aquella operación, para su posterior depósito a favor del organismo fiscal, AFIP (Borinsky, M., Galvan Greenway, J.P., Biscayart, J., Turano, P.N., 2012, pág. 98).

Acción típica: consiste en no depositar en el plazo establecido (30 días a contar desde la retención o percepción del tributo) siempre y cuando la suma percibida o retenida supere el monto de cien mil pesos (\$100.000).

Objeto del delito: consiste en el abuso de confianza. Se trata de una figura de estructura típica omisiva. Se trata de una omisión propia que consiste en un no hacer una obligación establecida por la ley, es el incumplimiento de un mandato legal.

Sujeto pasivo: el organismo recaudador destinatario de las sumas retenidas o percibidas, ej. AFIP, Dirección Provincial de Rentas, etc.

Consumación: se trata de un delito de consumación instantánea, esto es, la falta de depósito una vez transcurrido el plazo legal establecido (30 días) de la percepción o retención. Sin embargo, se reconoce en la jurisprudencia la impunidad del autor cuando se demuestra que concurrieron circunstancias que hicieron imposible cumplir con la obligación impuesta. Ejemplo: fallo “Adot”, en el cual se ha acreditado la imposibilidad material de cumplir con la obligación impuesta derivada de condiciones objetivas que habían afectado a la industria textil⁷.

Faz Subjetiva:

Se trata de un delito doloso. La CSJN ha sostenido que en materia de retención de aportes no basta la mera comprobación de la situación objetiva en que se encuentra el agente de retención, sino que es menester la concurrencia del elemento subjetivo en virtud del principio fundamental de que sólo puede ser reprimido quien sea culpable, es decir, aquel a quien la acción punible le pueda ser atribuida tanto objetiva como subjetivamente⁸.

⁷ TOCr.Fed N1 de la Capital Federal, 22-2-95.

⁸ Lambruschi, fallo 320:2271.

Capítulo II

EL DELITO DE LAVADO DE ACTIVOS. CONTEXTO NORMATIVO Y EVOLUCIÓN

1.- Un poco de historia

El origen de la actividad de dar apariencia lícita al dinero proveniente de la actividad ilícita se remonta a la Edad Media, período durante el cual mercaderes y prestamistas convertían en lícitas las ganancias obtenidas del ejercicio de usura. Cabe remarcar que en los siglos IX y X se consideraba usura a cualquier trato que suponga el pago de un interés. También se debe tener presente que en esta etapa de la historia imperaba una confusión entre Estado e Iglesia, por lo cual un delito canónico también era considerado un delito civil, por lo que el hecho de cobrar interés por un préstamo era considerado una práctica contraria a las leyes de Dios y por lo que a su autor se aplicaban castigos espirituales que consistían en la negación de sepultura en tierra santa; excomunión, o la obligación de restituir los bienes ilícitos. Ante ello, los banqueros y mercaderes, encontraron la manera de disfrazar esta actividad lucrativa argumentando que el dinero de los intereses provenía de un donativo voluntario del prestatario o de una multa cobrada por no haber sido devuelto el dinero en el plazo convenido. Además, el pago de estos intereses prohibidos se encubría de tal modo que era imposible descubrirlo, utilizándose -por ejemplo- letras de cambio falsas que referían a operaciones de cambio ficticias.

Posteriormente, ya en la Edad Moderna, podemos detectar maniobras de lavado para dar apariencia lícita al producto del delito de piratería. Tengamos presente que esta época se caracterizó por el traslado de oro desde el 'Nuevo Mundo' hacia Europa, cuyos galeones, principalmente españoles, sufrían ataques de piratería en altamar. Dichas ganancias ilícitas pretendían ser ocultadas, por lo que se recurría a simular su origen. Con la creación de los seguros, muchas empresas fraudulentas, vinculadas a actividades navieras cobraban grandes sumas de dinero por accidentes que no habían sucedido e invertían esas ganancias

espurias en operaciones destinadas a fines lícitos. En efecto la creación del Virreinato del Río de la Plata, en 1776, por parte de la dinastía de los Borbones obedeció a la decisión de evitar la introducción en el mercado lícito el dinero proveniente de actividades ilícitas, como el contrabando con Inglaterra, Holanda y Portugal.

Ya en la Edad Contemporánea las maniobras de “lavado de dinero” se fueron perfeccionando hasta alcanzar la complejidad que representan hoy en día, tanto para la economía como también para el sistema penal.

El origen del vocablo “lavado de dinero”, este se remonta al año 1920 cuando en Estados Unidos se impuso la prohibición de la venta y consumo de bebidas alcohólicas comúnmente llamada “ley Volstead” o “Ley Seca”. Por lo cual, comenzaron surgir organizaciones clandestinas que se ocupaban de destilar alcohol para vender de forma ilegal. Fue así que Al Capone, con la finalidad de dar la "apariencia" de hombre de negocio, desarrolló intereses en negocios como el lavado y entintado de textiles, para, de esta forma crear empresas pantalla. De modo tal que las ganancias provenientes de actividades ilícitas como la extorsión, tráfico de armas, alcohol y prostitución se ocultaban tras la apariencia de haber surgido del lavado de textiles y con ello lograron engañar por bastante tiempo a las autoridades.

Como podemos ver, no existe nada nuevo bajo el sol. Desde que el mundo es mundo el ingenio humano ha desarrollado mecanismos para dar apariencia lícita al producto económico de la actividad ilegal.

1.1. Contexto Internacional y herramientas convencionales

En 1980 el Club de París inicia una acelerada actividad regulatoria del sistema financiero internacional creando el Comité de Basilea, al cual se le encomienda la tarea de preparar una declaración destinada a advertir a las instituciones bancarias acerca de los riesgos que las actividades que desarrollan tienen para el lavado de activos. Fue así que en 1988 se adopta el acuerdo llamado Prevención del Uso Delictivo del Sistema Financiero o también conocido como Declaración de Principios del Comité de Basilea sobre el Lavado de Dinero, con el que se pretende fijar pautas para el funcionamiento de las instituciones bancarias y las operaciones que se realizan con el fin de erradicar las maniobras de lavado de activos. Cabe resaltar que estas reglas, conocidas comúnmente como *compliance*,

fueron establecidas por los distintos organismos internacionales con incidencia en las políticas económicas de los países, no son iguales para todos ellos, variando la exigencia de las mismas si se trata de un país emergente o desarrollado. Las mismas fijan los deberes de cuidado o cuando una conducta es adecuada, respetando un doble standard que resulta sustancialmente más exigente para los países emergentes.

También, en el marco de la Organización de las Naciones Unidas se aprueba el día 19 de diciembre de 1988 en la sexta sesión plenaria la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y sustancias psicotrópicas, ratificada por Argentina mediante Ley n° 24.072 promulgada con fecha 9 de abril de 1992. Los países que la ratificaron demostraron interés en combatir al tráfico ilícito de estupefacientes conscientes de los grandes rendimientos financieros que esta actividad ilícita permitía a las organizaciones criminales transnacionales mediante la acumulación de activos *invadir, contaminar y corromper las estructuras de la administración pública, las actividades comerciales y financieras lícitas y la sociedad a todos sus niveles* (Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas, 1988). Asimismo manifiestan también la decisión de *privar a las personas dedicadas al tráfico ilícito del producto de sus actividades delictivas y eliminar así su principal incentivo para tal actividad* (Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas, 1988). En el año 2000, la Organización de Naciones Unidas aprobó la “Convención Contra la Delincuencia Organizada Transnacional”, con el objeto de “promover la cooperación para prevenir y combatir más eficazmente la delincuencia organizada transnacional”, penalizando en su artículo 6° el blanqueo del producto proveniente de un delito. Cabe destacar aquí, el deseo de la ONU en trascender al narcotráfico, ampliando el combate a un gran abanico de formas de delincuencia organizada. Además, en materia específica de lavado de activos, se deben resaltar los intentos de los autores del Convenio por garantizar que también puedan ser condenados por este delito quienes cometieron el ilícito previo, a partir del cual se obtuvieron los activos a blanquear (autolavado), como así también la recomendación de crear unidades de información financieras como instrumentos de cooperación internacional. También, la Unión Europea acoge la Directiva sobre prevención del uso del sistema financiero para el lavado de

dinero, lo propio hizo la Organización de los Estados Americanos en cuya órbita funciona la Comisión Interamericana para el Control de Abuso de Drogas; finalmente, el Consejo de Europa, fundado en el año 1949, adopta a principios de los '90 la Convención sobre el Lavado, Identificación, Embargo y Decomiso de los Beneficios Económicos (conocida como Convención de Estrasburgo).

En paralelo a este amplio desarrollo, aparece el GAFI -Grupo de Acción Financiera en Contra del Lavado de Dinero- por su nombre en francés Groupe d'action Financiero Sur le Blanchiment de Capitaux creado en el año 1989 por el el G-7 con el propósito de desarrollar políticas tendientes a combatir el lavado de dinero y el financiamiento del terrorismo. Este, tiene como objetivo elaborar recomendaciones para mejorar la colaboración internacional en la lucha contra el lavado de activos. En cumplimiento de la tarea encomendada, a principios de la década de los '90 elaboró las 40 recomendaciones que fueron aprobadas en el año 1991, luego revisadas en el año 1996, para reflejar la evolución de las tipologías de lavado. Finalmente en el 2001, amplía su mandato incorporando el tema de Financiamiento del Terrorismo y formulando 9 recomendaciones especiales. En este esfuerzo, el GAFI ha creado foros regionales, por lo que actualmente existe el grupo de Acción Financiera del Caribe (GAFIC), y en el cono sur el GAFI Sudamericano (GAFI- SUD). Finalmente, en febrero del año 2012 las mismas fueron reformadas íntegramente por tercera vez, y se incorporaron las 9 Recomendaciones Especiales al texto de las 40.

En este contexto, desde el año 1999 nuestro país integra el grupo de acción financiera y debió por tanto dar cumplimiento a las 40 recomendaciones y dar paso al mecanismo de control interno. Las pautas y recomendaciones que emite el GAFI pueden sintetizarse entorno a los siguientes puntos:

- ♣ Identificar los riesgos y desarrollar políticas y coordinación local.
- ♣ Luchar contra el lavado de activos, financiamiento del terrorismo y financiamiento de la proliferación de armas de destrucción masiva.
- ♣ Aplicar medidas preventivas para el sector financiero y otros sectores designados.
- ♣ Establecer poderes y responsabilidades y otras medidas institucionales.
- ♣ Mejorar la transparencia y la disponibilidad de la información de titularidad de beneficio de las personas y estructuras jurídicas.

♣ Facilitar la cooperación internacional.

Finalmente, debemos remarcar que dentro de este amplio desarrollo convencional, cobra especial relevancia las recomendaciones que formula el GAFI ya que en la actualidad uno de los organismos que concentra el mayor poder real, lo que se evidencia en la capacidad que ha demostrado -conforme se analizará- para imponer la adopción de medidas y restricciones económicas y financieras tanto a los miembros que lo integran como también a la comunidad internacional toda.

2. Impacto de las recomendaciones del GAFI en la legislación argentina

En el derecho argentino la figura de lavado de activos fue receptada por primera vez en el art. 25 de la Ley n° 23.737 que reza:

Será reprimido con prisión de dos a diez años y multa de seis mil a quinientos mil australes, el que sin haber tomado parte ni cooperado en la ejecución de los hechos previstos en esta ley, interviniere en la inversión, venta, pignoración, transferencia o cesión de las ganancias, cosas o bienes provenientes de aquéllos, o del beneficio económico obtenido del delito siempre que hubiese conocido ese origen o lo hubiera sospechado. Con la misma pena será reprimido el que comprare, guardare, ocultare o receptare dichas ganancias, cosas, bienes o beneficios conociendo su origen o habiéndolo sospechado. A los fines de la aplicación de este artículo no importará que el hecho originante de las ganancias, cosas, bienes o beneficios se haya producido en el territorio extranjero. El tribunal dispondrá las medidas procesales para asegurar las ganancias o bienes presumiblemente derivados de los hechos descritos en la presente ley. Durante el proceso el interesado podrá probar su legítimo origen en cuyo caso el tribunal ordenará la devolución de los bienes en el estado en que se encontraban al momento del aseguramiento o en su defecto ordenará su indemnización. En caso contrario el tribunal dispondrá de las ganancias o bienes en la forma prescripta en el artículo 39” (Ley de Estupefacientes, 1989).

Esta figura penal, fue dictada siguiendo el criterio internacional señalado en la Convención de Viena, ya reseñada previamente, aun cuando la misma no había sido formalmente ratificada; acto que se produjo tiempo después con la sanción de la Ley 24.072 (Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas, 1992). También se observa que en esta primitiva redacción, la figura únicamente punía a la conducta que tenía como delito precedente al provecho económico que nacía del delito de tráfico de estupefacientes.

Luego, con la sanción de la Ley 25.246 (Modificación. Encubrimiento y Lavado de Activos de origen delictivo. Unidad de Información Financiera. Deber de informar. Sujetos obligados. Régimen Penal Administrativo. Ministerio Público Fiscal. Derógase el artículo 25 de la Ley 23.737, 2000), se deroga la figura descripta y se introduce una modificación al art. 278 del Código Penal, mediante la cual se considera el delito de lavado de activos como un tipo que agrava el delito de encubrimiento.

Así el art. 278 del C.P. establecía:

1. a Será reprimido con prisión de dos a diez años y multa de dos a diez veces del monto de la operación el que convirtiere, transfiriere, administrare, vendiere, gravare o aplicare de cualquier otro modo dinero u otra clase de bienes provenientes de un delito en el que no hubiera participado, con la consecuencia posible de que los bienes originarios o los subrogantes adquieran la apariencia de un origen lícito y siempre que su valor supere la suma de cincuenta mil pesos (\$ 50.000), sea en un solo acto o por la reiteración de hechos diversos vinculados entre sí; b) El mínimo de la escala penal será de cinco (5) años de prisión, 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; 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; 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; [Este inciso es observado por el Decreto 370/2000]; El que recibiere dinero u otros bienes de origen delictivo, con el fin de hacerlos aplicar en una operación que les dé la apariencia posible de un origen lícito, será reprimido conforme a las reglas del artículo 277; Los objetos a los que se refiere el delito de los incisos 1, 2 ó 3 de este artículo podrán ser decomisados.

De la redacción de la norma transcrita, se deduce que el tipo lavado amplía su espectro, ya que la norma penal pune cualquier conducta que tenga por objeto dar apariencia lícita del provecho ilícito. Esta modificación en la norma, obedece a una readecuación de la legislación penal a los estándares fijados por la Convención de Palermo.

Finalmente, nuestro país se incorpora al GAFI en el año 1999 y la regulación normativa de la figura típica del delito de lavado de activos fue observada por el organismo internacional. Razón por la cual nuestro país debió –nuevamente– readecuar la legislación interna a fin de armonizar con los estándares señalados en las 40 recomendaciones ya referidas.

A pesar de ello, nuestro país fue evaluado en 2009 y el organismo determinó que incumplía con más del 90% de las recomendaciones lo que casi le vale su expulsión como miembro. Fue así que se diseñó un plan de acción que subsanó todas las deficiencias señaladas, a punto tal, que en octubre de 2014 el GAFI decidió sacar a la Argentina del proceso de seguimiento, lo que se traduce en que es considerado como uno de los países con mejor cumplimiento de las recomendaciones y que posee un sistema efectivo para combatir el lavado de dinero.

Capítulo III

ANALISIS NORMATIVO DEL TIPO LAVADO DE ACTIVOS

1. Recepción normativa

La Ley n° 26.683 derogó el régimen adoptado mediante la Ley n°25.246 e incorpora el delito de lavado de activos como una figura autónoma, introduciendo en el Libro II el Título XIII “Delitos contra el Orden Económico y Financiero”, que en el art. 303, establece:

“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 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, y siempre que su valor supere la suma de pesos trescientos mil (\$ 300.000), sea en un solo acto o por la reiteración de hechos diversos vinculados entre sí. 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 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. 3) El que recibiere dinero u otros 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) Si el valor de los bienes no superare la suma indicada en el inciso 1, el autor será reprimido con la pena de prisión de seis (6) meses a tres (3) años. 5) Las disposiciones de este artículo regirán aun 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.

1.1 Definición

El delito de lavado de activos es conceptualizado como el conjunto de operaciones y procedimientos por los que bienes de naturaleza delictiva son incorporados e integrados al sistema económico legal institucionalizado, confiriéndoles apariencia legítima (Breglia Arias, O., Gauna, O. 2001).

La Unidad de Información Financiera (UIF) afirma que se trata de un proceso en virtud del cual los activos de origen ilícito se integran en el sistema económico legal con apariencia de haber sido obtenidos de forma lícita. Además los describe como un mecanismo mediante el cual una persona o una organización criminal que comete un delito busca ocultar, disimular y/o encubrir el dinero conseguido de su actividad ilícita intentando en ese proceso dar a esos fondos apariencia de haber sido obtenido legalmente⁹.

En general, la doctrina acuerda que se reconocen tres etapas diferentes en el proceso de lavado:

- Colocación: en la cual la organización criminal dispone del producto de su actividad y obtiene su ingreso en el sistema financiero.
- Estratificación: durante la cual se llevan a cabo el mayor número posible de transacciones, con la finalidad de impedir que pueda reconocerse, luego de todo el proceso, el arbitrio utilizado para la colocación.

⁹ www.argentina.gob.ar, 2018

- Integración: cuando puede disponerse de los fondos dentro del marco económico legítimo porque provienen -en lo inmediato- de actividades financieras que, en sí mismas, son lícitas. (D´Albora (h), F.J., 2020).

1.2 Bien Jurídico Tutelado

En primer término corresponde señalar que la noción de bien jurídico resulta polémica en la dogmática penal. La doctrina ha discutido sobre su necesidad, llegando incluso a poner en crisis su real existencia durante el siglo XX. Sin embargo, a pesar que el debate se reedita una y otra vez, siempre se concluye que el poder punitivo del Estado debe ser limitado o contenido, y para ello, la noción de bien jurídico tutela resulta una herramienta fundamental.

En esta línea de razonamiento, los autores que reconocen la existencia de la noción de bien jurídico, además de atribuirle la función de limitar el *ius puniendi* estatal, señalan también que, al entroncarse la conceptualización de bien jurídico en la esencia misma de los diferentes tipos penales, tiene la función de interpretación teleológica al momento de aplicar la norma y al cuantificar o mensurar la pena.

Desde la perspectiva de la necesidad e importancia de la determinación del bien jurídico tutelado en cada tipo penal, corresponde reseñar brevemente la evolución del mismo en relación a la figura del tipo lavado de activos.

Así, en un primer momento el tipo penal lavado de activos receptado únicamente en la Ley de Estupeficientes, se manifiesta que una herramienta de política criminal destinada a aislar al autor económicamente. Sin embargo, obsérvese que la Ley de Estupeficientes se encuentra vinculada al bien jurídico salud pública, por lo cual, resulta complicado delimitar la figura en torno a ello que presenta un contenido totalmente diverso.

Posteriormente, se la vinculó a la administración de justicia, al ser receptado en el art. 278 del C.P. como una modalidad de encubrimiento.

Finalmente, con la modificación introducida por la Ley n° 26.683 ya no quedan dudas que el legislador ha optado como una figura penal vinculada a la lesión del orden socioeconómico. Esta interpretación se debe a que la mencionada norma incorpora el tipo en el Título XIII “Delitos contra el orden económico y financiero”, por lo cual, desde la sistémica normativa el bien jurídico tutelado es “orden económico y financiero”. Corresponde señalar que

la política criminal que subyace es la idea que está detrás es que es el medio más eficaz para obtener resultados en la prevención y la representación de la criminalidad organizada es concentrar los esfuerzos en el decomiso de los bienes que son el beneficio de su actividad ilícita... La idea aquí es aislar económicamente al autor, que no puede sacar provecho de los bienes porque no encuentra fácilmente personas dispuestas a recibirlos debido a las implicancias y al riesgo que ello trae consigo. En definitiva, lo que se busca de nuevo es lograr que la comisión del delito pierda sentido desde una perspectiva de racionalidad económica. Este tipo penal de aislamiento debería quitar al autor la posibilidad de emprender algo con los beneficios del ilícito y, con ello, quitarle el estímulo para la comisión de nuevos delitos: se busca que los bienes que son el beneficio del delito queden prácticamente fuera del comercio; que el autor tenga que sentarse resignado sobre una montaña de bienes sin poder utilizarlos (Córdoba, F., 2017, pág.21).

Si miramos al derecho comparado,

existen modelos similares, por ejemplo, la regulación alemana establece que luego de un proceso de discusión durante el cual el legislador se ocupó de dejar en claro que, su intención de no exceptuar de la prohibición de ningún comportamiento, ni siquiera la venta de un medicamento o de cualquier otro artículo de primera necesidad, ni el cobro de un tratamiento médico o una defensa penal; todo ello con el fin de lograr el tan ansiado aislamiento del autor (Cordoba, F., 2017, pág.25).

1.3 Análisis del Tipo Lavado de Activos

Conforme el tipo receptado en el art. 303 del C.P., precedentemente descrito, el delito de lavado de activos es un delito doloso de resultado de peligro concreto, que presenta los siguientes elementos:

Faz Objetiva:

Sujeto activo: el autor puede ser cualquiera.

Acción típica: convertir, transferir, administrar, vender, gravar, disimular 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.

Objeto del delito: puede ser cualquier bien que provenga de un ilícito penal. La condición que impone la norma es que el bien provenga de un delito directamente o en forma mediata, es decir, se incluyen aquellos bienes que ingresan al patrimonio por subrogancia o por ganancias provenientes del bien original.

Sujeto pasivo: conforme se señaló precedentemente, la víctima resulta el orden económico y financiero y también la administración de justicia y también el titular del bien jurídico lesionado por el delito precedente.

Consumación: esta figura exige que los bienes adquieran la apariencia de licitud, es decir, para la configuración basta simplemente que el autor haya creado la posibilidad que los mismos tengan apariencia lícita.

Nexo causal: lógicamente, la figura exige que se pueda establecer objetivamente imputable una relación de causalidad.

Faz Subjetiva:

Se trata de una figura que exige dolo, que admite la forma de dolo directo, dolo de segundo grado y también el dolo eventual.

Capítulo IV

VINCULACIÓN ENTRE HECHO ILICITO Y LAVADO DE ACTIVOS. MIRADA CRITICA

1. De *lege lata*

Conforme se analizó la legislación argentina adoptó un sistema amplio, que pretende aislar económicamente al autor de un delito. Basta para su consideración que el contenido patrimonial de la conducta supere la suma de trescientos mil pesos.

Con lo cual, en breves líneas a continuación se analizará cómo se justifica dogmáticamente la persecución penal junto a las diferentes aristas que plantea. Posteriormente, se analizará la eficiencia y utilidad de la figura penal, a la luz de los casos resueltos en jurisprudencia.

1.1 Dogmática y coherencia sistémica

Corresponde señalar que la doctrina argentina no se ha ocupado en profundidad del estudio de la delimitación entre delito y conducta posdelictuales que también se tipifica como delito autónomo, lo que provocó que se entendiera que el favorecimiento real y personal, la recepción y lavado de activos como una forma de participación en el hecho anterior. Así, para delimitar entre el favorecimiento real y el favorecimiento personal se toma en cuenta, únicamente, si la clase de conducta en cuestión involucra cosas o personas. Dicho de otro modo, los autores argentinos consideran que, si la actividad de encubrimiento impacta en algún objeto o instrumento proveniente del delito anterior o utilizado para cometerlo, será favorecimiento real; mientras que si ese favorecimiento recae (únicamente) en la persona del autor o en el partícipe del delito previo, será favorecimiento personal (Verde, A. 2021, pág. 55)

Se señala que,

El cambio en la doctrina se produjo a finales del siglo XVII y, principalmente, en la primera mitad del siglo XVIII, a causa del desarrollo y la influencia del derecho natural, la investigación sistemática de las cuestiones jurídicas y, particularmente, la obra de Pufendorf y su teoría de la imputación. Dicho autor formuló, por primera vez, un criterio general para la teoría de la participación: la causalidad. Así, a partir del desarrollo de las teorías causales, la doctrina alemana concluyó que no era lógicamente posible participar de un delito ya consumado. Sin embargo, hasta el siglo XIX y, por tanto, cuando ya era conocida y aceptada esa imposibilidad lógica, la postura dominante de ese país continuó considerando que las conductas de favorecimiento y recepción eran formas de participación posterior en el delito anterior. En España, eso mismo se sostuvo hasta fines del siglo XX, y en Argentina, hasta la sanción del Código Penal de 1921, que todavía se encuentra vigente. Una vez que la doctrina entendió que una acción posterior a un delito consumado, sin que hubiera mediado promesa anterior a su ejecución, no podía ejercer ninguna influencia causal sobre un hecho del pasado, y que ese era un requisito necesario para la participación criminal, el encubrimiento y la recepción comenzaron a ser entendidos como conductas ilícitas autónomas respecto del delito previo". (Verde, A., 2021, pág. 5).

De modo tal que lo que caracteriza a las conductas posdelictuales, como el lavado de activos, encubrimiento, uso de documento falso, etc., es que requieren necesariamente un delito anterior para su configuración. Por eso en Alemania se las llama delitos de conexión y en España delitos de referencia (Verde, A., 2021). Consecuencia de ello resulta que estas figuras penales precisan de la existencia de un delito previo.

1.2 El delito previo

En derecho comparado, las legislaciones han utilizado diferentes denominaciones para referirse a las conductas posdelictuales. Así la doctrina

alemana refiere al vocablo "*Vortat*" que significa "hecho anterior" o "hecho previo", aunque en alemán "*Tat*" jurídicamente significa delito, con lo cual, técnicamente correcto sería traducir como "delito anterior"; en tanto que, el inglés utiliza el término "*predicate offence*" para referirse al hecho previo del cual nacen los beneficios económicos que componen el delito posterior y en Argentina se utiliza el vocablo "*delito*" para referirse al hecho anterior, sin formular precisiones respecto del alcance del término.

Corresponde señalar que la doctrina argentina, no se ha ocupado de estudiar en profundidad el alcance que se le debe dar al vocablo "delito previo", aunque se interpreta, en línea con el amplio desarrollo de la doctrina alemana y española, que la palabra delito no debe ser entendida en sentido técnico, esto es, hecho típico, antijurídico y culpable, sino que se le brinda el alcance coloquial del término, para referirse a que se conecta a un hecho ilícito.

Desde otra perspectiva, también corresponde analizar la naturaleza jurídica que se le asigna al delito anterior. Así un sector minoritario interpreta que se trata de una condición objetiva de punibilidad y por el otro se encuentra la postura dominante que entiende que se trata de un elemento objetivo del tipo. Nuevamente, la doctrina argentina no ha estudiado en profundidad, por lo que la remisión al trabajo de la doctrina alemana, que es referente en este tema, resulta ineludible.

Para quienes interpretan que se trata de una condición objetiva de punibilidad, refieren que en los delitos de conexión el hecho previo debe efectivamente haber existido. Lange, afirmaba que sólo era punible el autor del favorecimiento personal o real cuando el delito anterior efectivamente había ocurrido. Del mismo modo Bockelman, sostenía que no podía faltar la culpabilidad ni la punibilidad en el autor del delito anterior (Verde, A., 2021).

Respecto de lo que se entiende por condición objetiva de punibilidad, cabe remarcar que no resulta un vocablo sencillo de definir, sin embargo, a los fines que se pretende en este trabajo se puede señalar que son circunstancias objetivas las que, por razones de estricta utilidad en relación al bien jurídico protegido, condicionan la imposición de la pena o la extensión de la misma (Bustos Ramírez, 2004, pág. 1019). Es decir, se trata de una decisión político criminal del legislador mediante la cual se autolimita el poder punitivo del estado. Asimismo, corresponde señalar que, dicha caracterización respecto del delito previo tiene incidencia

respecto del error que puede recaer respecto del mismo y el delito conexo, ya que, el error que recae sobre el delito anterior no tiene efectos sobre el delito posterior que se configura de igual modo.

Por otro lado, quienes interpretan que se trata de un elemento del tipo sostienen que, el delito anterior tiene haber sido efectivamente cometido, aunque no se exija la consumación. Por lo que, la existencia de un hecho antijurídico anteriormente cometido por otro y el conocimiento de esta circunstancia (o su representación como posible en conjunto con su indiferencia al respecto) por el autor del delito posterior, son condiciones necesarias ya para la atipicidad de éste último, y no (solamente) de su punibilidad (Verde, A., 2021, pág.21). A más de ello, cabe considerar que la doctrina alemana interpreta que la exigencia del delito anterior debe ser considerada como un elemento normativo del tipo, ya que este adquiere sentido en relación a cada ordenamiento jurídico, debido a que constituye una actividad valorativa necesaria para dotar de significado a los elementos normativos del tipo penal, tiene lugar cuando se interpreta la expresión “delito anterior” en los de conexión, cabe concluir que se trata de un elemento normativo del tipo penal de conexión del que se trate (Verde, A., 2021, pág.23).

1.3 El delito posterior

En relación al delito posterior, cabe señalar que se tratan de conductas posdelictuales ilícitas que guardan una relación con otra anterior que también es ilícita. Por sus características conceptuales, las conductas posdelictuales no tienen una estructura simple, aislada de todo otro contexto delictivo (como por ejemplo un hurto, un homicidio, etc., que en sus modalidades básicas pueden ser cometidos sin conexión con otro delito), sino que, en la medida en que consisten en adquirir cosas provenientes de un delito; en ayudar a otro a asegurar los beneficios que obtuvo ilícitamente; en dar apariencia de legalidad a cosas o dinero de origen delictivo; en ayudar al autor o al partícipe de un delito a eludir el accionar de la justicia y, así, evitar la pena; etc., la conducta típica será siempre en conexión a una situación ilícita previa (Verde, A., 2021)

1.4 La punibilidad del autolavado

Corresponde realizar ciertas precisiones a la luz del análisis que el presente trabajo propone. Cabe reseñar que por “autolavado” se interpreta aquellas conductas de lavado de dinero que son llevadas a cabo por la misma persona que cometió o que participó en el delito anterior (Verde, A., 2021, pág.174).

Sentado ello, en primer término, vale la pena señalar que en la primitiva aparición del tipo “lavado de activos” en la Ley 23.737, como también la recepción normativa de la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas (Ley 24.072, 1992) y, posteriormente, la Ley 25.246 que regula el tipo como una forma de encubrimiento resultaba atípica la conducta de auto lavado. Posteriormente, como fuera reseñado a raíz del deseo de la ONU en trascender al narcotráfico, el tipo penal de lavado de activos se amplía abarcando también aquellas conductas en las cuales quienes cometieron el ilícito previo y con cuyas ganancias o provecho económico realizan las conductas para darles apariencia lícita. Bajo esta premisa, la Ley 26.683 tipifica esta conducta.

Por lo cual, a continuación trataré brevemente de exponer cómo se explica dogmáticamente esta decisión del legislador.

Conforme fuera expuesto, las conductas típicas de lavado de dinero consisten en convertir, transferir, administrar, vender, gravar, disimular o de cualquier otro modo poner 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. Asimismo, corresponde señalar que el legislador -a diferencia del derecho comparado- no adopta un catálogo de “hechos anteriores”, sino que el tipo lavado en la legislación argentina abarca todas las conductas de contenido patrimonial que sean realizadas con esa intencionalidad. Con lo cual, resulta claro que cualquier hecho precedente de contenido patrimonial que sea sucedido por una maniobra de lavado -sin importar el monto, ya que sólo constituye un agravante del tipo- constituye una conducta prohibida.

Sentado ello, la doctrina explica que dogmáticamente la conducta posterior al hecho ilícito, en el caso lavado de dinero, constituye un delito copenado por el ilícito anterior. Recuérdese que,

al delito posterior copenado se lo suele definir como una conducta independiente, antijurídica y culpable, que realiza el tipo de una

norma penal, por medio de la cual el autor del delito anterior asegura, aprovecha o utiliza el resultado de ese delito previo o la posición conseguida por medio de aquél. Para hacerlo más explícito, la idea de delito posterior copenado presupone que una misma persona lleve a cabo dos comportamientos en dos momentos diferentes, aunque relacionados entre sí, y que cada uno de aquellos realice un tipo penal, pero que al autor solo se le imponga el castigo previsto para el que realizó primero... lo que caracteriza a tales actos es que, siendo en sí mismos punibles, dejan de castigarse aisladamente, sin embargo porque su contenido aparece disvalioso aparece ya abarcado por el otro hecho realizado con anterioridad, y en esa medida resultan suficientemente sancionados (copenados) con la punición de esta (Verde, A., 2021, pág. 181).

La doctrina dominante, a la cual adhiero, sostiene que el delito posterior copenado es una categoría del concurso de leyes y la mayoría de los autores lo consideran, específicamente un caso de concurso aparente de normas. Téngase presente que el concurso aparente constituye un problema de subsunción para el cual, la cuestión a dilucidar consiste en determinar si una conducta queda atrapada en uno u otro tipo. Con lo cual, la doctrina dominante interpreta que no se trata verdaderamente de un concurso, sino de un problema valorativo. Se interpreta que, la relación que existe entre el delito posterior y el anterior, a diferencia de otras formas de concurso de leyes, no es lógico-formal sino valorativa. La postura mayoritaria al respecto infiere la existencia de una relación típica entre diferentes conductas de la idea de que el autor de un hecho va a tener que cometer también el posterior, si quiere conservar los beneficios obtenidos por medio de ese delito anterior, o si para él la realización del primero que tuvo sentido. A modo de ejemplo: el hurto, el robo o la estafa no tendrían ningún sentido si la cosa ilícitamente obtenida por medio del hecho típico no puede luego ser aprovechada por el autor, es decir, si este no pudiera usarla o sacar algún provecho a partir de esa posición antijurídica. Pero resulta que ese

aprovechamiento constituye en sí mismo otro delito. Así, verbigracia, que hurta una botella de vino para beberlo, al beberlo comete un delito de daño, pero ese daño no se castiga con una pena independiente, sino que se considera que está copenado por el castigo del hurto. Por lo tanto, la idea de delito posterior copenado exige una valoración de las circunstancias del hecho globalmente entendido y en concreto, de manera tal que, a partir de dicha valoración, no resulte que esa conducta posterior punible represente un ilícito propio, es decir que no quede completamente abarcado por el hecho anterior. Se considera, en efecto, que el castigo que corresponde al autor (de ambos hechos) respecto del delito posterior esta compensado o retribuido por medio de la pena prevista para el delito anterior, que de algún modo lo contiene. Por medio de la aplicación de las reglas del delito posterior copenado se quiere evitar, por tanto, el doble castigo a un mismo ilícito (prohibición de la doble valoración: Doppelverwertungsverbot). Y esto es precisamente lo que caracteriza al concurso de leyes (Verde, A., 2021, pág. 184).

A modo de síntesis:

- El hecho previo, en Argentina debe ser considerado en forma lata, es decir, entendido como acción típica y antijurídica. No se exige la culpabilidad ni punibilidad en el autor del mismo.

- La legislación argentina, a diferencia del derecho comparado, no adopta un catálogo de conductas que se consideren hechos anteriores, sino que exige que el hecho previo tenga un contenido patrimonial al que le continúen maniobras para dar apariencia lícita.

- El delito posterior, esto es, las maniobras de blanqueo, para la configuración del tipo requieren simplemente el contenido patrimonial. La figura penal se agrava si el volumen patrimonial excede la suma de trescientos mil pesos (\$300.000).

- La decisión del legislador de excluir la atipicidad del autolavado, y entendiéndose que el ánimo de lucro integra la voluntad y motivación del autor del hecho precedente, plantea un problema de constitucionalidad infranqueable ya que

violenta la prohibición del *ne bis in ídem*. La doctrina ha sorteado dicho obstáculo sosteniendo que se trata de una conducta copenada y que el problema de riesgo de doble punición que plantea se resuelve bajo el sistema de concurso aparente de leyes. Con lo cual, serán los operadores quienes en el caso concreto deban determinar si la conducta recae sobre el tipo que abarca la conducta del hecho precedente o subsecuente, en definitiva, es un problema de subsunción.

1.5 El hecho ilícito tributario como hecho precedente del tipo lavado de activos

Conforme se deduce del análisis, de acuerdo a la ley argentina cualquier acción típica y antijurídica de contenido patrimonial a la que le sucedan maniobra de dar apariencia ilícita queda -en principio- abarcada con la figura de lavado de activos. Lógicamente, esto incluye al catálogo de delitos tributarios tipificados en el Régimen Penal Tributario, ya que todas las figuras descriptas en la norma tienen un contenido patrimonial. Es decir, en el ánimo del autor se encuentra realizar la conducta para sustraer dinero que debería ser tributado al Estado, y con esto, se afecta a la hacienda pública en su faz dinámica.

Por lo cual la respuesta es sí, el hecho ilícito tributario puede ser hecho precedente del tipo lavado de activos.

Conforme se apuntara según la doctrina que adhiero en el presente trabajo si las maniobras de blanqueo subsecuentes son realizadas por la misma persona que ha retraído los tributos del erario público (que sería en los casos más comunes) la conducta resultaría atípica debido a que el ánimo de lucro que motiva la realización del hecho que precede abarca las maniobras que califican al hecho ilícito que le sucede, con lo cual, se el problema se resuelve a través del mecanismo de subsunción, tarea que se reserva a los operadores jurídicos en cada caso particular.

Sin embargo, el problema que plantea la técnica legislativa no termina ahí. Es posible el concurso de delitos cuando la persona -física o jurídica- que de alguna manera detrae tributos de la hacienda posteriormente utiliza a una persona -física o jurídica- para maquillar de lícitas las ganancias ilícitas. A la luz de la legislación argentina, se plantea un problema de incoherencia sistémica, al que brevemente voy a referirme.

El Régimen Penal Tributario establece como condición objetiva de punibilidad (calificación que no comparto ya que considero que se trata de un elemento del tipo, pero dicho debate excede el marco del presente trabajo y resulta irrelevante para el tópico que pretendo analizar) que las sumas de dinero retraídas a la hacienda pública que a excepción del monto previsto para el caso de apropiación indebida de tributos, el resto de las figuras supera ampliamente el monto estipulado para la figura agrava de lavado de activos. Con lo cual, se da la paradoja que el hecho precedente resulta atípico y sin embargos las maniobras que eventualmente se realicen para dar apariencia lícita a esas ganancias ilícitas resultan típicas.

Sentado ello, debo señalar que conforme fuera apuntado precedentemente la doctrina argentina no se ocupó de estudiar en profundidad respecto el carácter que reviste el delito precedente en vinculación al delito subsecuente. En términos claros, si se considera que la exigencia del hecho ilícito previo es una condición objetiva de punibilidad, la atipicidad del mismo resultaría irrelevante para el delito subsecuente ya que el hecho se considera típico y antijurídico. Por lo cual, sería perfectamente factible que una conducta precedente pudiera no constituir delito pero sí quedar abarcada por la conducta subsecuente. Lo cual genera un gran problema de coherencia sistémica.

Este argumento refuerza la postura que aquí fuera sostenida que implica sostener que el carácter ilícito del hecho precedente se trata de un elemento normativo del tipo objetivo, ya que, ello brinda una solución sistémica al problema que planteo. Sobre este punto profundizaré más adelante.

2. Utilidad

Como se señalara, la técnica legislativa que ha utilizado el legislador resulta demasiado abarcativa. Sólo si tenemos en cuenta la figura agravada, que establece penas severas, se configura con el blanqueo de sumas superiores a trescientos mil pesos (\$300.000), en el presente, dado el contexto inflacionario que atraviesa el país desde hace varios años implica la suma de setecientos setenta y nueve dólares (Usd.779), tomando como referencia la cotización del precio de compra del dólar oficial. Si tomamos como referencia la cotización del dólar MEP, que es el que se encuentra al alcance de los ahorristas argentinos, la figura agravada representa menos de trescientos dólares (Usd 300). Podría decirse que esta afectación al bien

jurídico tutelado no implica una real afectación, sino que podría tratarse –cuando hablamos de las lesiones umbrales, de delito de bagatela- lo que provoca una colisión con los principios que inspiran el sistema penal argentino.

Con esta perspectiva, interpreto que la figura de lavado de activos tal como está legislada en nuestro país ha perdido el foco. Ateniéndome a las pautas diseñadas por el Convención de Viena, GAFI y los otros organismos internacionales descriptos precedentemente, la herramienta de política criminal diseñada tiene como objetivo perseguir y penar la criminalidad organizada, que maneja grandes fortunas que desestabilizan los países. Delitos que se cometen sin respetar fronteras como ser el narcotráfico, trata de personas, delitos ambientales, tráfico de armas; es decir, delitos que exigen un esfuerzo conjunto de los estados, que mueven grandes sumas de dinero y presentan un complejo entramado delictivo. La técnica legislativa abarca todas las conductas que tienen un contenido patrimonial.

3.- Eficacia

Desde la perspectiva de la eficacia de la norma, debo señalar que conocer la cantidad de sentencias de condena dictadas a nivel federal por la figura de lavado de activos ha sido una tarea compleja. En este sentido, ha sido valioso el relevamiento que lleva a cabo la UIF¹⁰, que ha permitido obtener información relevante al respecto. Las sentencias son,

- Causa Amado Capo: resuelta con fecha 5 de agosto de 1999 por el Tribunal Oral en lo Criminal Federal n 3 de San Martín. Se condenó a los imputados como autores del delito de legitimación de activos provenientes del narcotráfico con penas que van de 2 a 3 años de ejecución en suspenso.

- Causa Altamira: resuelta con fecha 15 de diciembre de 2009 por el Tribunal Oral en lo Criminal Federal n2 de Córdoba. Se condenó a la pena de 2 años de ejecución en suspenso por ser autora penalmente responsable del delito de lavado de activos de origen delictivo.

- Causa Acosta Aguilera: resuelta con fecha 27 de junio de 2011 por el Tribunal Oral en lo Penal Económico. Se condenó a los imputados como coautores del delito de lavado de activos en grado de tentativa a la pena de 3 años de ejecución en suspenso.

¹⁰ publicado en la página <https://www.argentina.gob.ar/uif/jurisprudencia>

- Causa Sánchez: resuelto con fecha 10 de mayo de 2013 por el Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Corrientes. Se condenó a la pena de 6 años de prisión por autor penalmente responsable del delito de lavado de activos de origen delictivo.
- Caso Terrazas Santa Gorda: resuelto con fecha 28 de agosto de 2014 por el Tribunal en lo Penal Económico n 2 de CABA mediante el cual se condena a Giovanna del Rosario Coca Flores como autora del delito de recepción de dinero provenientes de ilícitos penales con entidad de generar ganancias de su propia naturaleza con el fin de poner dicho dinero de cualquier modo en el mercado para adquirir la apariencia de origen lícito a la pena de 1 año de ejecución condicional.
- Causa Colombo Fleitas: resuelta con fecha 13 de abril de 2015 por el Tribunal Oral en lo Penal Económico n 3. Se condenó a la pena de 1 año y 6 meses de prisión de ejecución en suspenso por resultar autor penalmente responsable del delito previsto por el art. 303 inc. 3 del C.P.
- Causa Bogarin: resuelta con fecha 7 de agosto de 2015 por el Tribunal Oral en lo Penal y Económico n 2. Se condenó a la pena de 2 años de ejecución en suspenso como autor del delito de lavado de activos. Hubo una condena a la pena de 12 años pero tenía además el delito de contrabando de estupefacientes agravados en concurso real.
- Causa Cricco: resuelta con fecha 6 de agosto de 2015 por el Tribunal Oral en lo Penal Económico n 3. Se dispuso hacer lugar al pedido de concesión del beneficio de suspensión de juicio a prueba y como reparación del daño se impuso la realización de tareas comunitarias y abonar la suma de un mil doscientos pesos por el término de un año.
- Causa Paez: resuelta con fecha 2 de septiembre de 2015 por el Tribunal Oral en lo Penal Económico n° 2. Se condenó a la pena de 5 años y 11 meses de prisión como autora de los delitos de asociación ilícita, tenencia de sustancia estupefaciente con fines de comercialización, tenencia ilegal de dos armas de guerra y munición de guerra de uso prohibido y lavado de activos; todos ellos en concurso real.
- Causa Córdoba: resuelta con fecha 3 de septiembre de 2015 por el Tribunal Oral en lo Penal Económico n 2. Se condenó a la pena de 1 año y 9 meses de prisión en suspenso por ser autor penalmente responsable del delito de recepción

de bienes provenientes de un ilícito penal con el fin de ponerlos en circulación de cualquier modo en el mercado.

- Causa Figueroa Barboza: resuelta con fecha 15 días de abril del 2016 por el Tribunal Oral en lo Penal Económico n° 2. Se condenó a la pena de 1 año de prisión de ejecución en suspenso por ser autora del delito de recepción de bienes provenientes de un ilícito penal con el fin de darle apariencia de un origen lícito.

- Causa Vargas Mendez: resuelta con fecha 17 de mayo de 2016 por el Tribunal Oral en lo Criminal Federal n2 de Mendoza mediante la cual se condena a Sandar Jaquelina Vargas como coautora de los delitos de organización de una actividad de comercio de estupefacientes y lavado de activos a la pena de 15 años de prisión y multa de 5 veces el monto de la operación; a Patricia Mercedes Vargas Mendez como coautora de maniobra de comercio de estupefacientes con la agravante de intervención de más de 3 personas, miembro de la banda de lavado de activos a la pena de 11 años de prisión y multa de 3 veces el importe de la operación; a Jonathan Daniel Brizuela Vargas como coautor de la maniobra de comercio de estupefacientes con la agravante de intervención de más de 3 personas, participe como miembro de la banda organizada de lavado de activos a la pena de 9 años de prisión y multa de 2 veces el importe de la operación; a Silvana Natal Vargas Mendez como coautora de la maniobra de comercio de estupefacientes con la agravante de la intervención de más de tres personas y como participe como miembro de la banda de lavado de activos a la pena de 11 años de prisión y multa de 2 veces el importe de la operación; Romina Noemí Vargas Mendez como coautora de comercio de estupefacientes agravado por la intervención de más de tres peonas y miembro de la banda de lavado de activos a la pena de 9 años de prisión y multa de dos veces el importe de la operación; a Nora Carmen Gatto Godetti como coautora de lavado de activos a la pena de 8 años de prisión y multa de tres veces el importe de la operación; a Jaquelina Gálvez Vargas como coautora de lavado de activos a la pena de 6 años de prisión y multa de tres veces el monto de la operación

- Causa Miranda Rosales: resuelta con fecha 9 de junio de 2016 por el Tribunal Oral Federal de Mendoza n 1. Se condenó a la pena de 5 años de prisión por ser autores responsables del delito de almacenamiento de estupefacientes en concurso real con el delito de lavado de activos de origen delictivo.

- Causa Escalante: resuelta con fecha 11 de julio de 2016 por el Tribunal Oral en lo Criminal Federal n° 3 de San Martín. Se condenó a la pena de 20 años de prisión por ser autor material del delito de secuestro extorsivo, robo agravado, asociación ilícita y lavado de dinero de origen delictivo en concurso.

- Causa Menéndez: resuelta con fecha 29 de agosto de 2016 por el Tribunal Oral en lo Criminal Federal n° 6. Se condenó a la pena de 3 años de ejecución condicional por ser autores materiales penalmente responsable del delito de asociación ilícita y lavado de activos.

- Causa Bernal: resuelta con fecha 30 días de marzo de 2017 por el Tribunal Oral Federal en lo Criminal y Correccional de Paraná. Se condenó a la pena de 5 años por ser coautora del delito de tenencia de estupefacientes con fines de comercialización y del delito de lavado de activos.

- Causa Miranda Vargas: resulta con fecha 3 de abril de 2017 por el Tribunal en lo Criminal Federal n° 6. Se condenó a la pena de 6 años de prisión por ser autor materialmente responsable del delito de tráfico ilícito de estupefacientes, en sus modalidades de guarda de elementos destinados a la producción de estupefacientes, fabricación y tenencia con fines de comercialización, en concurso real con los delitos de lavado de activos de origen delictivo y resistencia a la autoridad.

- Caso Yunio resuelta con fecha 13 de junio de 2017 por el Tribunal en lo Penal Económico n° 2 de CABA mediante la cual se condena a Yunio Alberto Fernández a como autor del delito de contrabando simple en grado de tentativa en concurso real con el delito de lavado de activos en calidad de autor a la pena de 2 años y 6 meses de prisión, inhabilitación absoluta por 5 años para desempeñarse como funcionario o empleado público, inhabilitación especial de 6 meses para el ejercicio del comercio e inhabilitación especial perpetua para desempeñarse como miembro de las fuerzas de seguridad.

- Causa Herrera Rocha: resuelta con fecha 28 de noviembre de 2017 por el Tribunal Oral en lo Penal Económico n° 3. Se condenó a la pena de 2 años de ejecución condicional como autor de los delitos de contrabando y de lavado de activos en grado de tentativa en concurso real.

- Causa Aucapure Bellota: resuelta con fecha 6 de diciembre de 2017 por el Tribunal Oral en lo Penal Económico n° 2. Se condeno a la pena de 2 años de

ejecución en suspenso por ser autor responsable del delito de recepción de bienes provenientes de un ilícito penal con el fin de darle apariencia de un origen lícito.

- Causa Menez: resuelta con fecha 7 de diciembre de 2017 por el Tribunal Oral en lo Penal Económico n 2. Se condeno a la pena de 2 años de ejecución en suspenso por ser autor responsable del delito de recepción de bienes provenientes de un ilícito penal con el fin de darle apariencia de un origen lícito.

- Causa Rodriguez: resuelto con fecha 15 de marzo de 2018 por el Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Corrientes. Se condenó a la pena de 13 años de prisión por ser autor penalmente responsable del delito de lavado de activos de origen delictivo agravado.

- Causa Tejo Guridi: resuelto con fecha 26 de marzo de 2018 por el Tribunal Oral en lo Penal Económico N° 1. Se condenó a la pena de 2 años de prisión de ejecución en suspenso por ser autor penalmente responsable del delito de delito de lavado de activos

- Causa Calvente Lomeña: resuelta con fecha 13 de julio de 2018 por el Tribunal Oral en lo Penal Económico n3. Se condenó a la pena de 3 años de ejecución en suspenso por resultar autor del delito previsto por el art. 303 inc. 3 en concurso.

- Causa Scordamaglia: resuelta con fecha 20 de diciembre de 2018 por el Tribunal Oral en lo Penal Económico n 2. Se condenó a la pena de 2 años de prisión de ejecución en suspenso por resultar autor del delito de encubrimiento.

- Causa Loza: resuelta con fecha 2 de marzo de 2022 por el Tribunal Oral en lo Penal Económico n 3. Se condenó a Erwin Raúl Loza a la pena de 10 años de prisión y multa de \$378.057.000, por resultar coautor del delito de asociación ilícita y lavado de activos; a Oscar William Weston Millones a la pena de 8 años de prisión y multa de \$30.429.778,62, por resultar coautor del delito de asociación ilícita y lavado de activos; a Gerardo César Guccione a la pena de 7 años de prisión y multa de \$123.420.000, por resultar coautor del delito de asociación ilícita y lavado de activos; a Gonzalo Daniel Loza a la pena de 6 años de prisión y multa de \$2.610.000, por resultar coautor del delito de asociación ilícita y lavado de activos; a Estela Mari Gallo a la pena de 6 años de prisión y multa de \$64.026.161,10, por resultar coautora del delito de lavado de activos agravado; a Clara Luz Fernández a la pena de 5 años de prisión y multa de \$28.508.000, por

resultar coautora del delito de lavado de activos agravado; a Juan Carlos Fernández a la pena de 4 años de prisión y multa de \$21.594.000, por resultar coautora del delito de lavado de activos agravado; a Américo Alfredo Santi a la pena de 4 años y 6 meses de prisión y multa de \$21.089.519,08, por resultar coautora del delito de lavado de activos agravado; a Javier Eduardo Silveira Lopez a la pena de 4 años de prisión y multa de \$5.507.000, por resultar coautora del delito de lavado de activos; a Alan Ivan Loza a la pena de 4 años de prisión y multa de \$ 8.348.000, por resultar coautor del delito de lavado de activos.

- Caso Rodrigo y otros: resuelta con fecha 3 de septiembre de 2019 por el Tribunal Oral en lo Criminal Federal n 2 de Córdoba, mediante la cual, se condena Eduardo Daniel Rodrigo, como coautor del delito de intermediación financiera no autorizada agravada, cómplice necesario del delito de lavado de activos agravado, cómplice necesario del delito de evasión tributaria agravada; autor del delito de evasión tributaria agravada a la pena de 7 años de prisión, inhabilitación especial por el doble tiempo de la condena, prohibición de obtener beneficios fiscales por el término de 10 años y multa de \$30.000.000; a Aldo Hugo Ramírez como coautor penalmente responsable del delito de intermediación financiera no autorizada agravada, cómplice necesario del delito de lavado de activos agravado, cómplice necesario del delito de evasión tributaria agravada a la pena de 5 años de prisión, inhabilitación especial por el doble tiempo de la condena, prohibición de obtener beneficios fiscales por el término de 10 años y multa de \$20.000.000; Julio César Ahumada como coautor del delito de intermediación financiera no autorizada agravada, cómplice necesario del delito de lavado de activos agravado y cómplice no necesario del delito de evasión tributaria agravada a la pena de 4 años y 6 meses de prisión, inhabilitación especial por el doble tiempo de la condena, prohibición de obtener beneficios fiscales por el término de 10 años y multa de \$15.000.000; Oscar Américo Altamirano como coautor del delito de intermediación financiera no autorizada agravada, cómplice necesario del delito de lavado de activos agravado y cómplice no necesario del delito de evasión tributaria agravada a la pena de 4 años y 6 meses de prisión, inhabilitación especial por el doble tiempo de la condena, prohibición de obtener beneficios fiscales por el término de 10 años y multa de \$15.000.000; Daniel Arnoldo Tissera como cómplice no necesario del delito de intermediación financiera no autorizada agravada, cómplice

no necesario del delito de lavado de activos agravado y cómplice no necesario del delito de evasión tributaria a la pena de 3 años de ejecución condicional, inhabilitación especial por el doble tiempo de la condena, prohibición de obtener beneficios fiscales por el término de 5 años y multa \$8.000.000; a Darío Onofre Ramonda como cómplice necesario del delito de intermediación financiera no autorizada agravada a la pena de 3 años de ejecución condicional y multa de \$15.000.000; a Diego Ariel Sarrafian como cómplice necesario del delito de intermediación financiera no autorizada agravada a la pena de 3 años, inhabilitación especial por el doble tiempo de la condena y 6 meses de prisión y multa de \$15.000.000; a Miguel Ricardo Vera como autor mediano por dominio de la voluntad del delito de lavado de activos agravado, autor por determinación de evasión tributaria a la pena de 6 años y 6 meses de prisión, inhabilitación especial por el doble tiempo de la condena, prohibición de obtener beneficios fiscales por el término de 10 años y multa de \$25.000.000; a Luis Carlos De los Santos como cómplice no necesario del delito de lavado de activos agravado, cómplice no necesario de evasión tributaria a la pena de 3 años de ejecución condicional, inhabilitación especial por el doble tiempo de la condena, prohibición de obtener beneficios fiscales por el término de 10 años y multa de \$2.000.000; a Paula Andrea Vettorello como cómplice no necesario del delito de lavado de activos agravado, cómplice no necesario de evasión tributaria agravada a la pena de 2 años y 6 meses de ejecución condicional, prohibición de obtener beneficios fiscales por el término de 5 años y multa de \$40.000; a Jorge Osvaldo Castro como cómplice no necesario del delito de lavado de activos agravado, cómplice no necesario del delito de evasión tributaria a la pena de 3 años de ejecución condicional, prohibición de obtener beneficios fiscales por el término de 5 años y multa de \$50.000; a Roberto Carlos Di Rienzo como cómplice no necesario del delito de lavado de activos agravado, cómplice no necesario de evasión tributaria agravada a la pena de 2 años y 3 meses de ejecución condicional, prohibición de obtener beneficios fiscales por el término de 5 años y multa de \$20.000; a Lucas Sebastián Bulchi como cómplice no necesario del delito de lavado de activos agravado, cómplice no necesario de evasión tributaria agravada a la pena de 2 años y 3 meses de ejecución condicional y multa de \$20.000.

Es decir que, en 30 años de vigencia del tipo penal de lavado de activos, se relevan sólo 27 condenas por el delito de lavado de activos. Si bien, debo señalar que la enumeración no es taxativa, ya que sólo tiene en cuenta las condenas relevadas por un organismo creado en el año 2000 y que sólo actúa a nivel federal. El dato sí sirve como elemento para concluir que, bajo el prisma de la eficacia la estrategia de combatir el delito desde las consecuencias económicas ha tenido escasa o nula incidencia práctica en el ordenamiento penal argentino. Y si a ese dato le añadimos que en las sentencias relevadas se observa que más del 70% de las condenas impuestas fueron impuestas bajo la modalidad condicional, puedo concluir también que desde una perspectiva criminológica, esto es prevención general negativa, la estrategia argentina también es un fracaso. A lo que se agrega que, de las 27 sentencias relevadas sólo una de las sentencias vincula el delito de evasión tributaria al lavado de activos, enmarcando ambas figuras penales en concurso real.

Con lo cual cabe concluir que analizada la técnica legislativa desde la eficacia como herramienta de política criminal se concluye que también esta estrategia es un fracaso.

3 Propuesta, de lege ferenda

Dotar de racionalidad al sistema.

Como se sostuvo, la idea de consagrar legislativamente la figura del lavado de activos tuvo en miras aislar económicamente al autor, es decir, desalentar la práctica a través de una falta de utilidad económica. De modo tal que, si lo que motiva o impulsa a las organizaciones criminales que cometen estos delitos es el lucro, la estrategia consiste en ahogarlos económicamente pero, como sostuvo de un modo eficiente y racional.

Debe tenerse presente que,

Lo prohibido en nuestra formulación legal es la realización de una maniobra cosmética que permita, como consecuencia posible, que el autor pueda mostrar a la sociedad que obtuvo su dinero ejerciendo una actividad lícita, cuando en verdad esto no fue así. Esa apariencia de legalidad es lo que se pretende evitar, y que el tipo penal diga que basta con que esa haya sido la consecuencia

posible de la acción da al intérprete la idea, a nivel de tipo objetivo, de que si la maniobra de lavado es descubierta, de todos modos el fracaso objetivo del maquillaje no impide sancionar siempre que la maniobra haya tenido una dosis de idoneidad” (Córdoba, Fernando J., 2017, pág. 87).

Con lo cual, lo que se precisa, en mi opinión es dar una vuelta de rosca hacia la racionalidad punitiva. Ya se ha comprobado que la inflación punitiva aunque abarcativa en su texto, resulta ineficiente en cuanto a resultados.

La propuesta que se formula es que se abandone el tipo abarcativo amplio de la regulación penal argentina y se adopte un catálogo de delitos que pueden ser considerados hechos precedente de lavado. Para ello es necesario una reforma legislativa.

Sostengo que como herramienta de política criminal la adopción de un catálogo de delitos, al igual que lo han diseñado países como España o Colombia, resultan más eficaces para concentrar los recursos humanos y materiales para lograr combatir la criminalidad organizada.

Esta sistematización, acompaña las recomendaciones del GAFI que relevan las conductas penales que cometen las grandes organizaciones criminales que movilizan incontables sumas de capital que migra de un estado a otro, y que constituye, principalmente la razón de ser de esta estrategia de política criminal. Esto es, trata de personas, narcotráfico, tráfico de armas, financiamiento del terrorismo, etc. Y también la evasión tributaria, pero con dosis de racionalidad.

Se estima,

que frente a un PBI consolidado a nivel global de aproximadamente 70 billones de dólares (cada billón es un millón de millones), el déficit presupuestario mundial hoy es del orden del 6% de dicho PBI, siendo que la contribución del mundo desarrollado a dicho ratio es de más de un 50%. Cuestión irresistible en el mediano plazo. Asimismo la evasión impositiva en el mundo supera los 3 billones de dólares por año y el stock de activos financieros administrados hoy vía los paraísos fiscales podría superar los 30 billones de dólares, en muchos casos sirviendo para financiar los mencionados déficits. A este coctel le

podríamos adicionarle que según estimaciones del GAFI la economía del crimen dispondría de unos 3,5 billones de dólares anuales otorgándoles un poder de corrupción inusitado, transformando a esas formas de organización en lo que ya hemos dado en llamar como una suerte de nuevo imperialismo (Biagosch, Z., 2013)

Con lo cual, el tema de la evasión y los otros delitos tributarios, cuando se comete en forma organizada, es un problema relevante que merece la atención del derecho penal. La sola existencia de paraísos fiscales cuya inequidad afecta de modo negativo al patrimonio de los estados que combaten estas conductas. Es decir, reservar la figura de lavado de activos como estrategia para combatir –desde sus efectos económicos- las ganancias provenientes de estos ilícitos tributarios que –en general- presentan características transnacionales.

Desde esta perspectiva, si se concentran y se dota de racionalidad al sistema, las chances de eficacia se incrementan. Desde lo macro, esta tarea trae beneficios adicionales, los países que alcancen estándares razonables en la persecución y castigo de este delito se benefician porque atraen a sus economías capitales limpios (no volátiles) y la criminalidad organizada disminuye en las sociedades, y el sistema financiero y económico funciona bajo reglas respetuosas de la libre competencia. En lo micro, el estado optimiza los generalmente escasos recursos de capital humano y material.

Debo dejar en claro también que la estrategia de combatir los delitos patrimoniales desde sus efectos económicos es acertada. Lo que considero erróneo es utilizar la figura penal de lavado de activos con la laxitud que se encuentra regulada en la legislación. De modo tal que, si el autor del hecho compra un departamento, y esto va a sonar extraño, tampoco legitima nada. Cualquier investigación judicial podrá advertir la existencia de esa compra y tendrá a su disposición las declaraciones impositivas de las personas para determinar si estaba o no en condiciones de adquirir ese bien. Si no lo estaba (quiero decir: el dinero con el que fue pagada esa compraventa no fue obtenido por medio de una actividad legítima) entonces podrá ser decomisado el inmueble, como provecho indirecto obtenido por el delito. Pero no podrá ser perseguido por un hecho de blanqueo de capitales (Trovato, G.F., 2018).

Es decir que, el propio sistema penal brinda herramientas para alcanzar la finalidad propuesta, la figura de encubrimiento y el decomiso previsto por el art. 23 del C. Penal y también el art. 29 del C. Penal con una mirada amplia brinda a los magistrados herramientas que permitan a los operadores del sistema judicial desde los frutos económicos desalentar la comisión de conductas prohibidas de contenido patrimonial. Esto es desde la prevención general negativa.

En definitiva lo que se propone es,

- Reforma legislativa al art. 303, por la cual se adopten un catálogo de delitos que puedan ser considerados como hecho previo del delito de lavado de activos, los cuales, siguiendo las ineludibles recomendaciones del GAFI tendrán en cuenta la criminalidad organizada: narcotráfico, trata de personas con fines de explotación sexual y laboral, terrorismo, tráfico de armas evasión tributaria, paraísos fiscales. En definitiva todas aquellas conductas que para su comisión respeten un patrón transnacional. Para lo cual, propongo también que se abandone la figura de simple o agravada, dada la naturaleza que se le asigna al tipo penal.

- Dotar de herramientas de simplificación a los operadores jurídicos para que la estrategia de política criminal de combatir el delito desde sus efectos sea posible. En este sentido, la Ley de Decomiso anticipado contribuye a este finalidad, aunque precisa de reformas para adecuar su texto a los parámetros constitucionales. A ello se suman las herramientas que ya se encuentran arraigadas en el sistema penal, que fueron referenciadas decomiso y encubrimiento. Aunque, a la luz de la experiencia, interpreto también que reforzar la capacitación para la persecución patrimonial en los acusadores, resultaría también una herramienta sumamente útil.

Palabras finales

El Derecho penal no debe cerrar los ojos a la transformación social, las nuevas modalidades delictivas deben ser receptadas, pero, sin sacrificar la coherencia sistémica. El desafío radica en encontrar un punto de equilibrio, ya que los derechos y garantías fundamentales propias del Estado de Derecho, sobre todo las de carácter penal material (principio de legalidad, intervención mínima y culpabilidad) y procesal penal (derecho a la presunción de inocencia, a la tutela judicial, a no declarar contra sí mismo, etc.), son presupuestos irrenunciables de la propia esencia del Estado de Derecho (Muñoz Conde, 2003).

La racionalidad y coherencia contribuye a un uso eficiente de los siempre escasos recursos estatales para combatir el delito. Un poder punitivo en expansión que no respete ni prevea pautas racionales, deforma y degrada el sistema penal, tornándolo en un estado bobo que al final de cuenta sólo se conforma con triunfos de papel.

Bibliografía:

- Bacigalupo, Enrique; *“Derecho Penal- Parte General”*, 2da. Ed. Renovada y ampliada, Ed. Hammurabi, 2012.
- Bauman, Zygmunt; *“Modernidad Líquida”*, Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 2010.-
- Beck, Ulrich; *“Sociedad del riesgo- Hacia una nueva modernidad”*, Ed. Paidós Ibérica, 2006.-
- Berdugo de la Torre, Ignacio; *“Viejo y nuevo derecho penal –Principios y desafíos del derecho penal de hoy”*, Ed. Iustel, 2012.-
- Bermejo, Mateo G., Tesis Doctoral inédita por la Universitat Pompeu Fabra, en <http://www.tdx.cat/handle/10803/7318>, p. 157.
- Biagosch, Zenón; nota publicada en el periódico *El Cronista Comercial*, Buenos Aires, 11/04/2013.
- Birnbau, Franz; *“Sobre la necesidad de una lesión de derecho para el concepto de delito”*, Trad. José Guzmán D’Albora, Ed. B de F, pág. 54 a 57.
- Borinsky, Mariano; Galván Greenway, Juan Pedro; Lopez Biscayart, Javier; Turano, Pablo Nicolás; *“Régimen Penal Tributario y Provisional- Ley 24.769 con las reformas de la Ley 26.735”*, Ed. Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2012.
- Bottke, Wilfried; *“Sobre la legitimidad del Derecho Penal Económico en sentido estricto y sus descripciones típicas específicas, en Hacia un Derecho Penal económico europeo”*, en Jornadas en honor del Profesor Klaus Tiedemann, 1992, Madrid, p. 637-654.
- Breglia Arias, Omar, Gauna, Omar, *“Código Penal y leyes complementarias”*, Tomo II, Ed. Astrea, 2001.
- Burchard, Christoph; *“El principio de proporcionalidad en el derecho penal constitucional o el fin de la teoría del bien jurídico tutelado en Alemania”*, art. publicado en *“Desarrollos Actuales de las Ciencias Criminales en Alemana”* Kai Ambos –Director- y María Laura Böhm –Coordinadora-, Ed. Temis S.A. Bogotá-Colombia, 2012.-
- Bustos Ramírez, Juan; *“Manual de Derecho Penal Español”*, Ed. Ariel, Barcelona, 1984.-
- Caparrós, Fabián; *“El Delito de Blanqueo de Capitales”*, Ed. Colex, Madrid, p. 30

- D´Albora, Francisco (h); *“Lavado de Dinero”*; Ed. Ad-Hoc; Buenos Aires, 2020.
- Damarco, Jorge H., *“Los bienes jurídicos protegidos por el derecho penal tributario (Una breve consideración de la cuestión en el contexto actual del derecho penal del intervencionismo estatal)”*, Ed. AdHoc, 2017.
- Fernández, Gonzalo; *“Ensayos sobre culpabilidad”*, Colección Jurídica y social N° 32, Sec. De Posgrado y Ss. a Terceros, FCJS, UNL, Santa Fé, 1994.-
- Haddad, Jorge E.; *“Ley penal tributaria comentada”*, 6ta. Ed., Ed. Abeledo Perrot, Bs.As., 2008.
- Hormazabal Malaree, Hernán; *“Bien Jurídico y estado social y democrático de derecho –El objeto protegido por la norma penal-”*; Ed. Editorial Jurídica del Conosur, Segunda Edición 1992.-
- Jakobs, Günther, *“¿Qué protege el derecho penal, bienes jurídicos o la vigencia de la norma?”*, Libro en homenaje al profesor Günther Jakobs. El funcionalismo en el derecho penal. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003.-
- Miranda Gallino, Rafael, *“Delitos contra el orden económico”*, Pannadille, 1970.
- Roxin, Claus, *“El concepto de bien jurídico como instrumento de crítica legislativa sometido a examen”* Traducción de Manuel Canció Meliá, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología.-
- Silva Sanchez, Jesús María; *“La expansión del Derecho Penal”*, Ed. IBdeF, Madrid, 2022.
- Sferco, José María; *“El ámbito constitucional del Derecho Penal Tributario en la consideración del Dr. José O. Casas. Su proyección a las haciendas locales”*.
- Szczaranski, Federico; *“Sobre la evolución del bien jurídico penal: un intento de saltar más allá de la propia sombra”*, Política Criminal Vol. 7 N° 14, Diciembre de 2012.
- Schünemann, Bernd; *“El propio sistema de la teoría del delito”*, In Dret, Revista para el análisis del derecho.
- Trovato, Gustavo F.; *“La conducta prohibida en el delito de blanqueo de capitales y la imputación penal de las personas jurídicas por lavado”*, Revista de Derecho Penal y Procesal Penal, nota pág. 87 y ss.
- Vasquez, Manuel A. Abantos, *“Acercas de la teoría de bienes jurídicos”*, Revista Penal.-

- Verde, Alejandra, *“Encubrimiento, recepción y lavado de activos- Hacia una teoría unitaria de las conductas posdelictuales-“*, Ed. IBdeF, Motevideo-Buenos Aires, 2021.
- Zaffaroni, Raúl Eugenio, *“La cuestión criminal”*, Ed. Planeta, 5ta. Edición 2013.-