

El delito de lavado de bienes originados en un ilícito penal en la legislación argentina: aspectos dogmáticos y orgánicos*

The offence of property laundering, deriving from a criminal offence in Argentine legislation: dogmatic and organizational aspects

Omar Gabriel Orsi**

RESUMEN

A lo largo del tiempo, el lavado de dinero fue considerado por la ley argentina como un atentado contra la salud pública, la administración pública y el orden social y económico. El texto aborda los principales aspectos dogmáticos del delito, según la Ley 26.683/2011, y la dinámica institucional asociada con su aplicación práctica.

PALABRAS CLAVE: Argentina, Código Penal, lavado de dinero.

ABSTRACT

Money laundering was considered by the Argentine law, over time, as an offense against public health, public administration and social and economic order. The text focuses on the main dogmatic aspects of the crime, under Act No. 26.683/2011, and institutional dynamics associated with its practical application.

KEY WORDS: Argentina, criminal law, money laundering.

* Recibido: 19 de septiembre de 2014. Aceptado: 12 de enero de 2015.

** Profesor de Derecho procesal penal en la Universidad Argentina de la Empresa (oorisi@mpf.gov.ar).

Sumario

1. Aspectos generales del delito
2. Lesividad de la conducta
3. Aspectos objetivos del tipo
 - A) Sujetos del delito
 - B) Ilícito penal como fuente de origen de los bienes lavados
 - C) Objeto del delito
 - D) La conducta de emprendimiento de lavado
 - E) La conducta de lavado de bienes originados en un ilícito penal
4. Aspectos subjetivos del tipo
5. Formas agravadas de lavado en sentido estricto
 - A) Agravante por delito cometido con habitualidad o como miembro de una asociación o banda formada para la comisión continuada de delitos de lavado
 - B) Agravante por delito cometido en ejercicio de función o profesión u oficio que requieran de habilitación especial
6. Penalidades
 - A) Personas físicas
 - B) Personas jurídicas
7. Decomiso
8. Consideraciones sobre la prevención y persecución penal del delito de lavado de bienes
 - A) Los dispositivos de prevención
 - B) Los dispositivos de persecución
9. A modo de colofón

1. Aspectos generales del delito

El lavado de bienes en Argentina atravesó distintas etapas en poco más de veinte años, siguiendo una de las conocidas líneas evolutivas prefiguradas a nivel internacional.

Incorporado en octubre de 1989 como infracción contra la salud pública, merced a la ley especial de drogas, mudó al Código Penal en mayo de 2000, como forma especial y agravada de encubrimiento. Más tarde, en octubre de 2011, recaló entre los atentados contra el orden económico y financiero, donde permanece hasta el presente.

La Ley 26.683 establece así que la conducta de lavar bienes provenientes de un ilícito penal debe lesionar, para ser considerada delito, el orden económico y financiero (título XIII del libro II, Código Penal).

La ley modificatoria insertó las formas arquetípicas de este delito en el artículo 303, añadiendo además nuevos dispositivos de embargo preventivo y decomiso (artículos 304 y 305 del Código Penal), una serie de regulaciones destinadas a reconfigurar el sistema de prevención administrativo y las atribuciones de la Unidad de Información Financiera (contenido no penal de la ley modificatoria 26.683), amén de ciertos cambios de redacción —tanto en las conductas como en las reglas de decomiso—. Desde el punto de vista represivo, destacaron la introducción de sanciones específicas contra las personas jurídicas y, fundamentalmente, la posibilidad de aplicar la figura de lavado a quienes tomaran parte en el delito precedente: esta última alternativa se encontraba vedada en la anterior versión, al tratarse de una forma de encubrimiento.

Con el objetivo de dar una definición abreviada, y conforme a la letra de la ley, lavar bienes provenientes de un ilícito penal es, para la legislación argentina, hacerlos circular en el mercado mediante operaciones simuladas capaces de aparentar un origen legal.

En esta lógica, el requisito de circulación queda cubierto con la representación formal de un negocio, en tanto implique interacción con otros sujetos que concurren en el mercado: el movimiento o transacción material del bien, si ello ocurriera, no constituye un requisito del tipo.

Además, la circulación debe perfeccionarse a través de un negocio jurídico simulado, esto es, total o parcialmente falso; sin embargo, no basta con la alteración de cualquier aspecto, sino de aquellos vinculados con la causa del título.

Finalmente, toda esa maquinación —el acto simulado y la forma en que se lo empleara para hacerlo circular en el mercado— debe poseer aptitud frente a terceros, esto es, capacidad necesaria para aparentar, de manera verosímil, un origen legal que el bien no tiene.

Sobre este sustrato común distinguió el legislador una forma básica (inciso 4, reprimida con igual pena que el emprendimiento) y una “estricta” (inciso 1, reprimida con mayor pena) según los bienes involucrados superen o no cierto umbral dinerario.

El legislador decidió punir también actos preparatorios mediante un tipo delictivo autónomo: el emprendimiento de lavado, o receptación intermedia o en tránsito (artículo 303, inciso 3, Código Penal), que se suma así al dispositivo genérico de anticipación —tentativa— contenido en la parte general.

El articulado se complementa con la cláusula de extraterritorialidad del ilícito penal precedente (inciso 5) y las formas agravadas del lavado en sentido estricto: habitualidad o miembro de una asociación o banda para la comisión de hechos de lavado (inciso 2.a), y autor que cometiere el hecho en ejercicio u ocasión de funciones públicas (inciso 2.b).

La literalidad del artículo 303, al que nos dedicaremos en detalle, es entonces la siguiente:

1) Será reprimido con prisión de tres a diez años y multa de dos a diez 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 adquiera la apariencia de un origen lícito, y siempre que su valor supere la suma de trescientos mil pesos (\$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 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 a diez 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 meses a tres 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 meses a tres 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.

2. Lesividad de la conducta

El lavado de bienes ha sido considerado históricamente como una conducta de carácter procesal y pluriofensiva, con efectos multidimensionales y progresivos,¹ lo cual disparó una multiplicidad de interpretaciones sobre el bien jurídico es-

¹ Así, las fases de colocación y conversión incuban la posibilidad de acarrear tres efectos principales: *a)* descrédito del tráfico mercantil y sus instrumentos; *b)* pérdida de confianza en los agentes económicos, y *c)* desestabilización del mercado de capitales. Por su parte, la fase de integración puede provocar: *a)* perjuicio al régimen de libre competencia; *b)* transición hacia procesos de monopolización, y *c)* imposibilidad de implementar políticas públicas. Cfr. FABIÁN CAPARRÓS, E. "Efectos del lavado de dinero. Bien jurídico tutelado", trabajo expuesto en el Seminario "Combate al lavado de dinero en los sistemas judiciales", OEA-CICAD-BID y SEDRONAR, Buenos Aires, 12-16 de agosto de 2002.

pecialmente afectado.² Actualmente la figura se ubica entre los delitos contra el orden económico y financiero, bien jurídico introducido en el Código Penal en el título XIII.³

A resultas de su escasa aptitud para ser operativizado mediante la definición de las conductas delictivas,⁴ este bien se presenta, en conjunto, como abstracto (en tanto no permite una referencia objetiva directa), genérico (en tanto no requiere de una relación de disposición individualizada, sino difundida entre un colectivo social indiferenciado) y antepuesto o derivado (en tanto asume valores subyacentes necesitados de una protección anticipada).⁵

En este sentido, puede decirse que el valor subyacente es, para todos los delitos del título, el conjunto de relaciones económicas y financieras entre personas, expresadas a través de la realización de negocios jurídicos lícitos (objeto, causa y finalidad), incluso los simulados, mientras no impliquen fraude a terceros.

Más en este contexto la noción de “orden” viene a anticipar que los delitos no requieren de una afectación concreta de los valores de fondo, sino una alteración en las relaciones que los rigen.⁶ Toda vez que los delitos no hacen eje en la actividad concreta de un sujeto fiduciario determinado, “orden” es, en definitiva, la configuración de las pautas de reconocimiento, permisos y prohibiciones que operan, en este caso, sobre el campo económico y financiero, cuyas violaciones específicas son seleccionadas por el legislador a través de los distintos tipos penales.⁷

Hay quienes señalan en el derecho comparado, para bienes jurídicos similares, la especial capacidad del lavado de afectar el principio de licitud de los bienes que circulan por el mercado,⁸ y quienes aluden a efectos ulteriores sobre la capacidad del Estado de mantener condiciones de competencia no distorsionada o de control sobre el flujo de capitales.⁹ Es posible entonces que las figuras apunten contra conductas dirigidas hacia un aspecto mediato del bien jurídico (el orden

² Una crítica acabada contra varios de los intentos de inserción sistemática puede verse en SUÁREZ GONZÁLEZ, C. “Blanqueo de capitales y merecimiento de pena: consideraciones críticas a la luz de la legislación española”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 22, núm. 2, mayo-agosto de 1995.

³ Un abordaje crítico de este bien jurídico penal en MUÑOZ CONDE, F. “La ideología de los delitos contra el orden socio-económico en el proyecto de Ley Orgánica de Código Penal”, *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 16, 1982.

⁴ DEMETRIO CRESPO, E. “Acerca de la contraposición entre libertad y seguridad en el derecho penal”, *Revista de Derecho Penal*, 2005-1, p. 505.

⁵ CORDOY BIDASOLO, M. *Delitos de peligro y protección de bienes jurídicos penales supraindividuales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

⁶ MATA Y MARTÍN, R. *Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro*, Comares, Granada, 1997.

⁷ ALCÁZER GUIRAO, R. *Sobre el concepto de delito: ¿lesión del bien o lesión de deber?*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2003.

⁸ DEL CARPIO DELGADO, J. *El delito de blanqueo de bienes en el nuevo Código Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

⁹ BOTKE, W. “Mercado, criminalidad organizada y blanqueo de dinero en Alemania”, *Revista Penal*, núm. 2, julio de 1998.

económico y financiero orientado por el Estado) o hacia uno inmediato (la prerrogativa del Estado de intervenir en ámbitos concretos de ese orden).¹⁰

Cabe señalar que el título sólo contiene una definición general del bien jurídico, el cual adquiere carnadura en función de las distintas dimensiones relevadas por cada conducta. En este sentido, la normativa argentina coloca el eje en la circulación por el mercado de bienes ilícitos simulando un origen legal;¹¹ sin embargo, la confianza en la licitud de los bienes no permitiría justificar, por sí sola, la grave pena prevista en los delitos. Esta línea interpretativa lleva así a identificar otra dimensión mediata, de mayor importancia, cual es, para el caso concreto del lavado de bienes, el mantenimiento de condiciones de competencia no distorsionada y la capacidad del Estado de fijar directrices de política económica sustentables.

En este punto, la legislación argentina actualiza la discusión sobre la potencialidad de la conducta efectivamente sometida a proceso para afectar variables de nivel macrosocial, con sus tópicos colaterales: constitucionalidad de las figuras de peligrosidad (peligro abstracto)¹² y de la punición de fenómenos por sus efectos acumulativos.

3. Aspectos objetivos del tipo

A) Sujetos del delito

Podríamos decir que la norma no fija ningún requisito especial para el sujeto pasivo, pero ello resultaría engañoso; en puridad, ella no contiene referencia alguna a este tópico ni supone la existencia de una víctima concreta que soporte las consecuencias directas de las acciones. Se trata, pues, de una afectación mediata y distribuida entre toda la población, proveniente de la alteración de las reglas de orden subrogadas por el Estado. En un lenguaje más radical, suele hablarse de este tipo de figuras como “delitos sin víctimas”.¹³

Por su parte, el dispositivo legal no fija ninguna condición especial para el sujeto activo, ni ella puede deducirse del bien jurídico seleccionado. En efecto, la norma suprimió el giro que tenía cuando se encontraba ubicado sistemática-

¹⁰ DÍAZ MAROTO Y VILLAREJO, J. "Algunas notas sobre el delito de blanqueo de capitales", en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 1, 2000.

¹¹ MALAMUD GOTI, J. *Derecho penal de la competencia. Abastecimiento-monopolios*, Hammurabi, Buenos Aires, 1984.

¹² CEREZO MIR, J. "Los delitos de peligro abstracto", en VARIOS AUTORES. *Garantías constitucionales y nulidades procesales* //, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2001.

¹³ LAMO DE ESPINOSA, E. *Delitos sin víctimas. Orden social y ambivalencia moral*, Alianza, Madrid, 1993.

mente como forma especial y agravada de encubrimiento (delito ejecutado por otro, en el que no hubiera participado); del otro lado, el orden social y económico no implica, como sí ocurre con la administración de justicia, ninguna colisión entre la prohibición y la autoincriminación.

En consecuencia, cualquier persona podrá ser autor de lavado de bienes, en sus diversas formas. En sus efectos prácticos, el dispositivo permite punir también por lavado a quienes intervinieran en el delito que originara los bienes, que fue el motivo principal para operar el cambio normativo.

b) Ilícito penal como fuente de origen de los bienes lavados

En la redacción anterior se especificaba que los bienes debían provenir de un delito o tener origen delictivo: la fuente de origen fue cambiada ahora por el giro “ilícito penal”.

Cabe indicar que la nueva norma no reconfigura la extensión del objeto de manera radical: no se habla así de bienes que carezcan de fuente lícita comprobable u originados en un ilícito no penal, de modo que se pueden abarcar otras distorsiones para punir las conductas (supeditadas, por caso, a empleos temerarios de estos objetos) o, eventualmente, para actuar sobre los bienes (decomisarlos o someterlos a acciones civiles *in rem*).

Con todo, el nuevo giro pretendió evitar que la voz “delito” se entendiera en su sentido estrictamente técnico, abarcando todas sus dimensiones (principio de accesoriadad ultra-extremo respecto del delito cometido por otro) para dar por cumplido este requisito. La voz “ilícito penal” pretende limitar el alcance de esta interpretación a los componentes del injusto: conducta antijurídica. Este movimiento es convergente también con la falta de aplicación de la “cláusula gatillo”, que sólo rige ahora para los atentados contra la administración de justicia, limitando su pena conforme a la del delito encubierto.

Entendemos que el cambio de bien jurídico y de redacción excluye cualquier discusión sobre la culpabilidad de quienes intervinieran en el delito previo, de modo que deberá acreditarse su materialidad (conforme a los elementos típicos), lesividad y dominabilidad.

Por otro lado, el dispositivo abarca los ilícitos penales previos cometidos en el país o en el extranjero, cláusula que se compadece con el bien jurídico escogido, toda vez que, para este punto, no importa el lugar de comisión sino la condición del bien o el privilegio que, en términos de competencia, le confiere a quien lo hace valer en el mercado. Con todo, hará falta, como en la anterior regulación, el cumplimiento de la cláusula de doble incriminación (punición

equivalente de la conducta en ambas jurisdicciones), expresamente declarada en la norma.

La normativa no apela a la enumeración taxativa de los delitos originantes o a su limitación en función de la gravedad de la pena que merecen: tal como ocurría bajo la forma de encubrimiento, cualquier ilícito penal puede ser fuente de origen del provecho sometido a maniobras de lavado.

Cierto es que la extensión a todo delito era perfectamente lógica en la anterior ubicación sistemática. Pero tampoco resulta desacertada en la nueva clasificación, toda vez que la licitud de los bienes que circulan por el mercado o la vigencia de condiciones de competencia leal depende de que los fondos hayan sido obtenidos mediante las constricciones de operar en el sistema legal; en ello no incide, cuanto menos directa e inequívocamente, el tipo de delito precedente. El recorte político criminal sigue operando, sin embargo, en el sistema de prevención; está encorsetado en un número cerrado de delitos, lo cual introduce una grave distorsión en la teleología y nivel de importancia de las normas preventivas y represivas.

El ilícito penal, como evento subyacente, debe ser además el originante del provecho: en la nueva redacción se habla de “bienes provenientes de un ilícito penal”, en lugar de “provenientes de un delito” (lavado) u “origen delictivo” (empresariado), contenidas en la anterior redacción. De este modo no sólo debe verificarse la existencia de un ilícito previo, sino un nexo de derivación que ligue los bienes lavados con aquellos que fueron obtenidos merced a la comisión del delito previo.

Según nuestra interpretación, la palabra “origen” representa mejor el sentido de este punto, pues lo importante es el carácter del evento productivo: “provenir”, lo cual sigue connotando una condición del objeto y no la causa del producto, que es lo más apropiado.

c) Objeto del delito

El artículo dedicado a definir el lavado de activos habla en este punto de “bienes”, subsanando así el defecto contenido en la norma anterior, que hablaba de bienes o dinero, cuando el segundo se encuentra comprendido en el primero; bienes son, en efecto, todos los objetos materiales e inmateriales susceptibles de tener un valor.¹⁴

Sin embargo, no es ésta la lógica seguida para la figura de empresariado de lavado (receptación intermedia o en tránsito), donde se conserva el giro “el

¹⁴ Artículos 2311 y 2312 del Código Civil.

que recibiere dinero u otros bienes”; conforme lo dicho, el agregado no cumple función alguna, por lo que sería conveniente inclinarse por una descripción homogénea en ambos incisos, que de otro lado es la más breve.

A despecho de estas discontinuidades, lo concreto es que ambas definiciones atrapan los activos de cualquier tipo, corporales o incorporeales, muebles o raíces, tangibles o intangibles, y los documentos o instrumentos legales que acrediten la propiedad u otros derechos sobre dichos activos.¹⁵

Por su parte, el dispositivo no contempla ninguna condición excluyente en relación con la cuantía de los bienes, de modo que todos pueden ser objeto de lavado en tanto admitan apreciación pecuniaria; el descarte devendrá eventualmente de la aplicación de reglas generales que recorten el delito en la lesividad de la conducta, por su insignificancia.

La norma establece un punto de corte o umbral (\$300.000) que diferencia el lavado simple (pena de seis meses a tres años de prisión) del lavado en sentido estricto (pena de tres a diez años de prisión y multa de dos a diez veces el monto de la operación), conservando, en el resto de los aspectos, idéntica redacción.

Es usual interpretar que se trata de una condición objetiva, introducida por el legislador para regular objetivos político-criminales y dejar fuera los eventos menores, tal como de hecho fuera consignado expresamente en el trámite de esas normas. Ello ciertamente admite crítica, en particular cuando ese umbral no se utiliza para descartar conductas menores sino para fijar penas más o menos graves. Esta circunstancia nos lleva a postular su inserción como elemento pleno del tipo objetivo, que expresa una evaluación legislativa sobre la mayor lesividad de estas conductas.

Puesto que el mecanismo de prevención del lavado podría ser burlado, descomponiendo las acciones —de modo que cada una de ellas quede por debajo del mínimo fijado—, el monto no queda limitado a una sola operación, sino que puede ser alcanzado, tal como dice la norma, por un solo acto o por la reiteración de hechos diversos vinculados entre sí. La vinculación que reclama la norma no alude así a la unidad de origen (proveniencia de un único delito, descomposición de un capital inicial) sino a la finalidad que la fragmentación persigue: evadir la acción de prevención.

Resta analizar, en este punto, la incidencia del monto sobre la figura de empujamiento. Según la norma, responderá por esta figura quien recibiere bienes

¹⁵ Esta es de hecho la definición de bienes contenida en la Convención de Viena (artículo 1, inciso q), la Convención de Palermo (artículo 2, inciso d) y el Reglamento Modelo de la CICAD (artículo 1). Contienen definiciones similares el Convenio de Estrasburgo (artículo 1, letra b) y la Directiva 91/308/CEE (artículo 1).

provenientes de un ilícito penal con el fin de hacerlos aplicar “en una operación de las previstas en el inciso 1”, con lo cual la receptación de bienes de menor monto no se tipificará como emprendimiento. En efecto, puesto que el primer inciso regula el lavado en sentido estricto (bienes mayores de \$300.000), que el emprendimiento no remite expresamente al inciso 4 (bienes menores a ese monto) y que la pena fijada para el lavado de cifras menores a \$300.000 es igual a la fijada para el emprendimiento —cuando esta conducta sólo atrapa el tramo previo al inicio de las maniobras de lavado—, cabe colegir que aquí sí el monto opera un recorte de la extensión del dispositivo punitivo.¹⁶

En relación con la mutabilidad del objeto, es posible argumentar que sólo pueden ser objeto de lavado los bienes que provienen directamente del delito precedente, ya que la alocución “originarios o subrogantes” sólo se referiría a la posibilidad de que las conductas de lavado impliquen o no un cambio de bien como resultado. Por nuestra parte entendemos que la redacción (“provenientes”) no exige identidad entre el objeto lavado y el emergente del delito previo.¹⁷

Resulta conveniente diferenciar, finalmente, el objeto del delito del objeto sobre el que recae la acción. En este sentido, la figura de emprendimiento de lavado habla de “recibir” dinero u otros bienes, indicando la necesidad de un ingreso a la esfera de custodia, con el consecuente poder de disposición sobre la cosa. Esta relación de disposición no tiene por qué expresarse sólo en el sentido de aprehensión física, sino que puede concretarse a través de cualquier medio que permita operativizar la disposición; tal es el caso, por ejemplo, de la acreditación consentida de una transferencia bancaria.

En cuanto a la figura de lavado, la diferencia es aún más marcada: al tratarse de una forma de simulación, bastará con aparentar la facultad de disponer de los bienes, aunque ello sea total o parcialmente falso. Es por ello que las acciones no tienen por qué tener como objeto excluyente a las cosas; en el caso de la figura de lavado ésta exige, por el contrario, la necesaria generación de formas documentales falsas.

¹⁶ Es posible argumentar en contrario que la remisión a las operaciones del inciso 1 alude a los verbos y no a los demás elementos del tipo, ya que el emprendimiento agrega expresamente, además de la remisión al inciso 1, el hecho de que ellas les den “la apariencia de un origen lícito”; se trataría, pues, de una redundancia inexplicable, a menos que, según esta interpretación, la remisión sólo lo fuera respecto de las “operaciones” entendidas como “verbos”. En esta línea podría sostenerse que la remisión no abarca el monto, permitiendo la aplicación del emprendimiento a bienes de monto inferior a los \$300.000. Aunque plausible, se trata para nosotros de una interpretación prohibida por llevar la punición más allá de la letra expresa del artículo.

¹⁷ Huelga decir que aunque no juegue a la hora de determinar su admisión legal, esta interpretación resulta indispensable desde el punto de vista de la operatividad del dispositivo, pues la fenomenología del lavado reposa, justamente, en la circulación y mutación del referente empírico y las formas jurídicas que lo rodean, en pos de conferirle, por medio de etapas sucesivas, apariencia de legalidad.

d) La conducta de emprendimiento de lavado

El inciso 3 del artículo 303 del Código Penal tipifica la conducta de emprendimiento, o de receptación intermedia o en tránsito, aplicable a quien recibiere dinero u otros bienes superiores a \$300.000 provenientes de un ilícito penal, con el fin de hacerlos aplicar en una operación de lavado.

Como hemos expuesto anteriormente, la conducta se perfecciona con el ingreso del bien a la esfera de custodia del emprendedor, como paso previo a una operación de lavado. Se trata de una definición que engloba toda forma de ingreso de la disposición, incluyendo la celebración de actos jurídicos (por caso, adquirir el bien, tal como expresamente se incluye en la receptación).

La norma habla de recibir “con el fin de *hacerlos aplicar*” y no “con el fin de aplicarlos”, lo cual admite la planificación orientada a la intervención de terceros; se trata de un tipo asimétrico, de tendencia interna sobrante o incompleto de dos actos, según se corte el plan antes de la intervención del mismo u otro sujeto activo.

En relación con la evolución de la lesividad de este conjunto de conductas, es posible decir que el emprendimiento, aunque atrapa un acto ostensible, se ubica en un tramo inicial de la línea de ataque, con lo que bien podría catalogarse como la punición autónoma de un acto preparatorio. En todo caso vale recordar que esa conducta reúne todas las características, pena igual incluida, de un atentado consumado contra la administración de justicia (receptación), a la que adiciona el monto y la ultrafinalidad de aplicar los bienes a operaciones de lavado.

Como vemos, la receptación y el emprendimiento de lavado merecen igual escala penal pese a que la segunda figura contiene más requisitos. La explicación para duplicar el dispositivo radica entonces en dos aspectos: desde el punto de vista del sujeto activo, el emprendimiento permite atrapar tanto a aquellas personas que tuvieron intervención en el delito previo (por ejemplo, acordando previamente el rol que cumplirían una vez obtenido el provecho) como a las personas jurídicas; desde el punto de vista del objeto, y además del umbral dinerario, el emprendimiento permite someter el caso a las reglas específicas de embargo y decomiso previstas en el título.

e) La conducta de lavado de bienes originados en un ilícito penal

El delito de lavado de activos combina una serie de elementos de manera compleja. El intento de atrapar manifestaciones tempranas de la acción, de centrar

el reproche en el origen del objeto, de atender al monto, de colocar la apariencia de legalidad como una posibilidad, entre otras particularidades, derivó en una redacción compleja, necesitada de un esfuerzo exegetico particular.

El lavado puede definirse, en términos generales, como la puesta en circulación por el mercado de bienes originados en un ilícito penal mediante una operación simulada capaz de aparentar un título legal.

La “operación” (juego armónico de los incisos 1 y 3) es una definición genérica de los negocios jurídicos (“convertir”, “transferir”, “administrar”, “vender” y “gravar”) de la norma, como ejemplos de aquello que resulta determinante: poner los bienes “en circulación” en el mercado, lo cual puede lograrse “de cualquier otro modo” equivalente. El núcleo común es entonces que la operación ponga los bienes a circular por el mercado mediante un negocio jurídico de entidad similar a los enunciados ejemplificativamente en la norma.

A este núcleo común se adiciona otro: el hecho de que esos negocios deben ser simulados, pues no hay otra forma de aparentar legalidad para bienes que reconocen causa ilícita. Conforme la redacción del texto, “simular” queda consignado como una forma de operación, alternativa a las antes detalladas (convertir, transferir, administrar, vender o gravar). Por nuestra parte, entendemos que la simulación es una parte integrante y necesaria de todas las acciones de puesta en circulación, cualquiera sea la operación que en concreto se trate.

El carácter necesario de la simulación como parte integrante de cualquier acción de lavado se entronca con la apariencia de legalidad, que ha recibido en la Argentina una regulación peculiar.

En efecto, el legislador pudo definir el lavado mediante una fórmula clásica, encadenando los verbos típicos con la finalidad de brindar a los bienes la apariencia de origen legal. Se aplicaría, así, la misma fórmula a las dos figuras: el emprendimiento (recibir para aparentar origen legal) y el lavado (convertir, transferir, administrar, vender, gravar, disimular o hacer circular de cualquier otro modo en el mercado para aparentar origen legal).

Sin embargo, en el lavado se optó por otra técnica con la finalidad expresa de admitir el dolo eventual: se “inscribió”, así, la finalidad en el plano objetivo, transformándola en una consecuencia.

La primera consecuencia de la acción que podemos individualizar en el tipo es, pues, la existencia de una posibilidad: la de aparentar para los bienes un origen legal, lo cual sirve para excluir los actos que carezcan de entidad en relación con ese efecto.

A esta consecuencia posible y eventualmente mediata se suman dos consecuencias efectivas e inmediatas de las acciones.

De un lado, y tal como expresamente consigna la redacción, cualquiera de las acciones debe producir la consecuencia material de poner los bienes a circular en el mercado.

De otro lado, una consecuencia no prevista expresamente en la norma, pero que se infiere necesariamente de las otras dos: no es posible que la acción sea reconocida por las reglas del mercado y tenga la entidad suficiente para aparentar origen lícito si ella no se complementa con la generación de formas documentales falsas.

Todos estos elementos nos permiten postular que el lavado, tal como lo definiera el legislador argentino, consiste en la realización de negocios jurídicos total o parcialmente simulados, de modo de presentar como verdadero lo que en realidad es falso. La falsedad puede recaer sobre múltiples aspectos del negocio jurídico (objeto, titular, finalidad), en tanto esa atestación se inscriba en un curso de acción concreto que contribuya a aparentar, frente a terceros y cuanto menos de manera posible, un origen lícito del bien; lo que habrá de simularse es, en última instancia, el título del bien.

Cabe retener entonces que aunque algunas acciones denoten negocios jurídicos lícitos, no se trata más que de una simulación documentada de ellos. En ningún caso las acciones podrán estar dirigidas para aparentar legalidad, actuando exclusivamente sobre la cosa; conforme el sentido que dimana de la integralidad del precepto, lo que ha de contribuir a cambiar cada acción es la apariencia del origen, no el objeto mismo, lo cual puede o no ocurrir.

En cuanto a la definición de las acciones (verbos típicos), y bajo esta orientación teleológica, “convertir” es transformar una clase de obligación en otra, de modo que la disposición del bien aparente causa en la subrogación.

“Transferir”, por su parte, es ceder o renunciar en otro del derecho, dominio o atribución que se tiene sobre una cosa.

El verbo “administrar”, si se le entiende sobre activos propios, puede atrapar todas las acciones destinadas a ordenar, disponer u organizar la hacienda o los bienes; por nuestra parte entendemos que la posibilidad de aparentar legalidad sólo se produce en aquellos actos de la administración que incluyan el ejercicio de la facultad de disposición sobre bienes de terceros.

“Vender” es un negocio jurídico que consiste en transferir la propiedad de una cosa a otra persona, quien se obliga a recibirla y a pagar por ella, en todo o en parte, un precio cierto en dinero.

“Gravar”, finalmente, implica imponer una carga sobre un bien mueble, inmueble o un crédito.

Las acepciones escogidas para estos verbos se avienen perfectamente con la definición conglobante empleada por el legislador (“de cualquier otro modo

pusiere en circulación en el mercado”), pues “circulación”, en dicho contexto lingüístico, nos lleva a su acepción económica: movimiento de los productos, monedas, signos de crédito y, en general, de la riqueza.

Este “movimiento”, claro está, no es físico: el mercado, aunque así lo indique el origen de la palabra, no es el ámbito material de intercambio de mercancías, sino una institución jurídica compleja. Esa interpretación es la única que puede llevar a que la acción de “circular” permita aparentar un origen lícito del bien.

El verbo “circular” viene, así, a obrar del mismo modo que “aplicar”, contenido en la anterior norma de lavado; su entidad es análoga a la de los restantes verbos, los cuales abandonan la mera función de ejemplificación para transformarse en una pauta reductora del ámbito de prohibición.¹⁸

A diferencia de la anterior regulación, el actual precepto incluye entre los verbos, como hemos dicho, uno de naturaleza radicalmente distinta: “disimular”. En su acepción correcta para el caso, se trataría de disfrazar u ocultar algo para que parezca distinto de lo que es. Inscrito en la norma, lo que se disimularía es, entonces, el origen ilícito del bien.

“Disimular” el origen ilícito es pues la contracara necesaria de la consecuencia posible de aparentar un origen lícito: el uno no podría lograrse sin el otro. Entonces, “disimular” no es entonces una forma específica (como convertir, transferir, administrar, vender o gravar), sino que integra la definición genérica, junto a cualquier otro modo (simulado) de poner bienes en circulación en el mercado con la posibilidad de aparentar un origen legal.

Así, y cualquiera que sea la forma de ejecución (los negocios jurídicos enumerados o “cualquier otro modo”), la acción deberá implicar tanto la puesta en circulación del bien en el mercado como la disimulación de su origen ilícito-penal. La disimulación y la circulación, para aparentar origen legal, puede producirse a través de cualquier negocio, en tanto tenga una entidad jurídica similar a las acciones enumeradas en el tipo (convertir, transferir, administrar, vender y gravar).

4. Aspectos subjetivos del tipo

Para ambas formas (empresariado y lavado en sentido estricto) se requiere que el autor del hecho conozca la naturaleza económica y la cuantía del bien; en este último aspecto sólo puede puntualizarse, como dato de interés, que si el lavador creyó erradamente estar lavando bienes de menos de \$300.000, responderá por la forma atenuada.

¹⁸ ZAFFARONI, E. *et al. Derecho penal. Parte general*, Ediar, Buenos Aires, 2002.

En cuanto al conocimiento que requiere la norma sobre la vinculación de los hechos por cifras inferiores a aquélla, es claro que esa vinculación nunca puede ser ajena al autor: ella responde, en la previsión de la norma, a un plan de fragmentación intencional de los montos.

En relación con el ilícito penal que origina el provecho, deberán conocerse, desde el punto de vista empírico, aquellos elementos del suceso que lo califican como típico y antijurídico; no se trata, pues, de toda la información relativa al evento, sino de aquella relevada por la forma legal pertinente para definir sus elementos estructurantes (materialidad del hecho previo y su condición de producto humano, esto es, las circunstancias y efectos de la conducta).

Pero además de ello, el lavador deberá conocer que el evento originante se encuentra normativamente sancionado; sin este punto no sería posible ni diferenciar el lavado de las simulaciones lícitas ni, lo que es más importante, fundar tamaña respuesta represiva.

En cuanto a la proveniencia del bien, no es necesario que el autor conozca si se trata o no de bienes subrogantes, la secuencia de cambios del objeto, su derrotero, etapas, personas que intervinieran u otras circunstancias colaterales; bastará que conozca, por cualquier medio, que el objeto tiene origen en un ilícito penal.

Si se estima apropiado conservar el momento conativo a la hora de analizar una conducta concreta,¹⁹ ello se verá facilitado, tanto para el lavado como para el emprendimiento, merced a la entidad de los verbos que los componen. Por su parte, las formas de lavado (simple y estricta) admiten dolo eventual: decidida y ejecutada la acción, es indiferente la finalidad albergada (puede ser lucrar, auxiliar al autor o cualquier otra) en tanto se acepte la posibilidad de que el bien adquiera, para un tercero, la apariencia de un origen lícito.²⁰

En este punto, cabe anotar que la figura de emprendimiento de lavado agrega otro elemento subjetivo distinto del dolo: se debe recibir el bien con el fin de hacerlo aplicar en una operación “de las previstas en el inciso 1, que les dé la apariencia posible de un origen lícito”. Esta fórmula resulta sobreabundante, ya que la apariencia está contenida en el inciso al cual se remite expresamente la norma, junto a las acciones y demás elementos típicos; además, resulta imprecisa, toda vez que en el primer inciso se utiliza un giro distinto para decir lo mismo (“consecuencia posible de que el origen de los bienes originarios o los subrogantes adquieran la apariencia de un origen lícito”).

¹⁹ DIAZ PITA, M. "La presunta inexistencia del elemento volitivo en el dolo y su imposibilidad de normativización", en *Revista de Derecho Penal*, 2005-1.

²⁰ CANESTARI, S. "La estructura del *dolus eventualis*. Distinción entre dolo eventual y culpa consciente de cara a las nuevas fenomenologías de riesgo", en VARIOS AUTORES. *El penalista liberal. Controversias nacionales e internacionales en derecho penal, procesal penal y criminología*, Hammurabi, Buenos Aires, 2004.

Por lo tanto, el dispositivo no capta un mero deseo o estado anímico sino la proyección de un plan concreto, con un grado adecuado de plausibilidad y entidad para producir los efectos que supone la norma.

Separado el lavado del bien jurídico de la administración pública y, con ello, definido el conflicto de manera distinta de la receptación, creemos que el agregado de esta ultrafinalidad impide cometer el delito por dolo eventual. Ello se debe a que la norma construye la vía de acción lesiva, para todo el tipo delictivo, en función del bien jurídico seleccionado, expresándola de manera uniforme en los aspectos subjetivos: la finalidad de lavar o hacer lavar —componente del tipo subjetivo que contiene la dirección lesiva— complementa así el dolo típico —encarnado en la acción ostensiva—.

5. Formas agravadas de lavado en sentido estricto

El lavado superior a \$300.000 —o lavado en sentido estricto del inciso 1— puede agravarse por dos formas alternativas, reguladas en los incisos 2.a y 2.b del artículo 303: delito ejecutado con habitualidad o como miembro de una organización de lavado, por un lado, y delito ejecutado en ejercicio de funciones públicas, por el otro.

A) Agravante por delito cometido con habitualidad o como miembro de una asociación o banda formada para la comisión continuada de delitos de lavado

El primero de los incisos detallados incrementa la pena 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 lavado de activos (“de esta naturaleza”, según la norma). La habitualidad y la membresía reflejan la intención del legislador de conferirle relevancia jurídica a una circunstancia ajena a la lesividad específica del hecho: la reiteración de hechos delictivos por vía de la captación del comportamiento individual habitual o de la pertenencia a una asociación o banda.

Desde la óptica del reproche personal por el acto, y si se rechaza el componente de peligrosidad,²¹ es posible sostener que la norma releva el ánimo de lucro ínsito en la dedicación regular a este tipo de negocios, a través de distintos elementos objetivos de recorte.

²¹ DONNA, E. *La peligrosidad en el derecho penal*, Astrea, Buenos Aires, 1999.

De este modo, corresponderá acreditar el ánimo de regularidad sobre esas prácticas lucrativas, captado directamente en la habitualidad, e indirectamente en la pertenencia a la asociación o banda, donde este elemento se encuentra objetivado en la teleología del grupo (de modo que debe ser conocido por el miembro que comete lavado).

De manera paralela corresponderá acreditar los elementos objetivos de recorte propios de ambas formas: la reiteración de hechos pretéritos para la habitualidad y la permanencia, acuerdo y organización para la asociación y la banda.²² La equiparación entre asociación y banda, aun siendo conceptos legales distintos, hacen que al acuerdo y a la distribución de funciones (que caracterizan a ambas) se sume la permanencia (que sólo caracteriza a la asociación), ya que es sólo el riesgo que emana del devenir pasado lo que conecta a estas agravantes, captadas de manera alternativa en un mismo inciso.

b) Agravante por delito cometido en ejercicio de función o profesión u oficio que requieran de habilitación especial

El inciso 2.b del artículo 303 agrega, además del incremento de la pena de prisión, la inhabilitación especial de tres a diez años cuando el autor fuere funcionario público que hubiera cometido el hecho en ejercicio u ocasión de sus funciones o cuando el autor hubiere actuado en ejercicio de una profesión u oficio que requirieran habilitación especial.

Esta agravante busca aval en el abuso de una posición de privilegio, en tanto ésta sea efectivamente aprovechada para cometer el hecho; se trata nuevamente de la captación de un ánimo especial, que es la de usufructuar la situación de vulnerabilidad del bien jurídico, estrategia normativa que, por ejemplo, se ensaya en la alevosía.

A nuestro criterio, la redacción amplia de la norma admite una submuración, devenida justamente de la real existencia de la posición de privilegio usufructuada por el autor. Para ello vienen en auxilio las normas que estructuran el sistema de prevención administrativa del lavado de bienes, donde se detalla la conformación de la unidad de información financiera y los sujetos públicos y privados obligados a informar, justamente, por su posición privilegiada de actuación y conocimiento.

²² Sobre las formas asociativas en general y en particular, respectivamente: ZIFFER, P. *El delito de asociación ilícita*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2005; ORSI, O. *Asociaciones ilícitas terroristas y financiación del terrorismo*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2008.

6. Penalidades

La figura contiene penas aplicables a las personas físicas y jurídicas.

A) *Personas físicas*

En relación con las personas físicas, el artículo 303 contiene una escala punitiva compleja que comprende un amplio gradiente y tipo de respuesta.

En el tramo inferior se ubica el emprendimiento de lavado de bienes superiores a \$300.000 (inciso 3) y el lavado de bienes inferiores a \$300.000 (inciso 4), ambos con una pena de seis meses a tres años de prisión.

El lavado de bienes superiores a \$300.000 (inciso 1) tiene estipulada una pena de tres a diez años de prisión y multa de dos a diez veces el monto de la operación: el tope máximo supera, así, el mínimo del homicidio simple.

Las penas del lavado de bienes superiores a \$300.000 se aumentan en un tercio del máximo (trece años y cuatro meses) y la mitad del mínimo (cuatro años y seis meses) cuando se cometen con habitualidad o como miembro de una asociación o banda formada para la comisión continuada de hechos de esta naturaleza (inciso 2.a) o cuando se hubiere actuado en ejercicio de una profesión u oficio que requirieran habilitación especial o en ejercicio u ocasión de funciones públicas, agregándose en este último caso una pena de inhabilitación especial de tres a diez años (inciso 2.b).

B) *Personas jurídicas*

En cuanto a las personas de existencia ideal, si bien no será tratado en detalle, resulta oportuno mencionar que la reforma incluyó un dispositivo novedoso para el derecho argentino, como es la punición de las personas jurídicas por el obrar de los sujetos a ellas vinculados.²³

En este sentido, el artículo 304 incorpora penas aplicables a las personas de existencia ideal cuando los hechos delictivos detallados (emprendimiento de lavado, lavado de bienes superiores o inferiores a \$300.000 y formas agravadas)

²³ Sobre el tópico, GARCÍA, L. y LLERENA, P. *Criminalidad de empresa. Responsabilidad penal de los directores de sociedades comerciales y de entidades financieras*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1980; BAIGÚN, D. "La responsabilidad penal de la personas jurídicas en la legislación argentina", en GUZMÁN DALBORA. *El penalista liberal. Homenaje a Manuel de Rivacoba y Rivacoba*, Buenos Aires, 2004; CESANO, J. *Estudios sobre la responsabilidad penal de la persona jurídica*, Buenos Aires, 2006.

fueran cometidos en su nombre, con su intervención o en su beneficio. En este caso pueden aplicarse sobre las personas jurídicas las siguientes sanciones, de manera conjunta o alternativa:

- 1) Multa de dos a diez veces el valor de los bienes objeto del delito.
- 2) Suspensión total o parcial de actividades, que en ningún caso podrá exceder de diez años.
- 3) Suspensión para participar en concursos o licitaciones estatales de obras o servicios público o en cualquier otra actividad vinculada con el Estado, que en ningún caso podrá exceder de diez años.
- 4) Cancelación de la personaría cuando hubiese sido creada al solo efecto de la comisión del delito, o esos actos constituyan la principal actividad de la entidad.
- 5) Pérdida o suspensión de los beneficios estatales que tuviere.
- 6) Publicación de un extracto de la sentencia condenatoria a costa de la persona jurídica.

La norma indica a su vez que el juez, para graduar estas sanciones, deberá tener en cuenta el incumplimiento de reglas y procedimientos internos, la omisión de vigilancia sobre la actividad de los autores y partícipes, la extensión del daño causado, el monto de dinero involucrado en la comisión del delito, el tamaño, la naturaleza y la capacidad económica de la persona jurídica. Además, cuando fuere indispensable mantener la continuidad operativa de la entidad, de una obra o de un servicio en particular, no serán aplicables las sanciones previstas por el inciso 2 y el inciso 4.

7. Decomiso

El artículo 305 regula de manera especial el instituto de decomiso de bienes, contenido en la parte general del Código.

El dispositivo establece que el decomiso de bienes operará cuando se hubiere podido comprobar la ilicitud del hecho material al que estuvieren vinculados o la ilicitud de su origen. Esta comprobación podrá alcanzarse sin la certeza propia de la condena, cuando el imputado no pudiere ser enjuiciado por motivo de fallecimiento, fuga, prescripción o cualquier otro motivo de suspensión o extinción de la acción penal, o cuando el imputado hubiere reconocido la procedencia o uso ilícito de los bienes.

La confesión como parámetro legal de cumplimiento de la condición nos indica entonces que ella podrá alcanzarse, de manera alternativa, a través de

cualquier cuadro probatorio verosímil. De plantearse un reclamo o litigio sobre el origen, la naturaleza o propiedad de los bienes, la norma estipula que ella deberá canalizarse a través de una acción administrativa o civil de restitución o de reclamo de valor monetario, en caso de haber sido subastado el bien.

Finalmente, la norma faculta al juez a adoptar desde el inicio de las actuaciones judiciales las medidas cautelares suficientes para asegurar la custodia, administración, conservación, ejecución y disposición del o los bienes que hayan sido instrumentos, producto, provecho o efectos relacionados con los delitos. En el otro extremo, la norma también prevé un destino especial para los bienes decomisados: reparar el daño causado a la sociedad, a las víctimas en particular o al Estado.

8. Consideraciones sobre la prevención y persecución penal del delito de lavado de bienes

Es sabido que las figuras que pretenden configurarse con los delitos de cuello blanco presentan muchas aristas de debate desde el punto de vista dogmático. El derecho represivo, cuando se intersecta con relaciones sociales centrales (en particular, de sus dimensiones económica y política) suele presentar un aspecto más difuso, opaco y maleable que cuando acomete contra el delito marginal.²⁴ El dispositivo que hemos estudiado, pues, tiene mucha tela para cortar desde el punto de vista teórico; sin embargo, es cierto que, más allá de cualquier debate teórico, la normativa represiva argentina cumple con los parámetros internacionales exigidos en la materia.

Desde el punto de vista de la aplicación práctica y de la efectividad es también esperable que el cambio normativo incremente las condenas, lo cual es, a consideración de los países que integran el GAFI, un dato positivo.

Ahora bien, el incremento de “respuestas efectivas” (condenas o soluciones alternativas al conflicto), aunque sean ponderadas como positivas, puede no representar un ideal de justicia si es que se aplica inequitativamente.²⁵

Por ello resulta fundamental echar un vistazo a la dinámica institucional para establecer la clase de hechos que ellos detectan y permiten procesar.

²⁴ SUTHERLAND, E. *El delito de cuello blanco*, Ediciones La Piqueta, Madrid, 1999; ANIYAR DE CASTRO, L. "La sombra de El Padrino. Concepto criminológico del delito organizado", en *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, año II, núm. 2, 2003; VIRGOLINI, J. *Crímenes excelentes: delitos de cuello blanco, crimen organizado y corrupción*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2004; MEJÍAS RODRÍGUEZ, C. *Delitos asociados a la contratación económica*, Ediciones ONBC, La Habana, 2013.

²⁵ BERGALLI, R. "La eficiencia del sistema penal. Identificación ideológica e instrumentalización política", *Nueva Doctrina Penal*, 1998-B.

A) *Los dispositivos de prevención*

Es percepción extendida y, diríamos, naturalizada, que la prevención del delito es una tarea de índole policial; en concreto, de aquellos aspectos del poder de policía asociados con las fuerzas de seguridad. Las fuerzas policiales, cuyo objeto primario es brindar seguridad a los ciudadanos, es así percibida como el sistema de prevención por antonomasia. Este tipo de fuerzas suelen mostrar todo su potencial en el espacio público o, en su defecto, en aquellos eventos que, habiendo ocurrido en el espacio privado, trascienden de uno u otro modo a la esfera pública, permitiendo su detección.

Ahora bien, existe otro ámbito donde este sistema de detección de delitos no muestra similar eficiencia: nos referimos, en concreto, al entorno institucional —u organizacional— público y privado. El institucional es un ámbito complejo, donde opera un sinnúmero de dispositivos de control, de carácter administrativo: entes reguladores, auditores, impositivos, habilitadores, registrales, etcétera. Todos estos dispositivos, de algún u otro modo, pueden —o deben, en ciertos casos— informar de la existencia de un eventual delito, mas ello será un efecto accesorio, distinto del cometido específico de su actividad.

En el caso del lavado de bienes, el legislador se inclinó por crear en la esfera administrativa un dispositivo específicamente orientado a la detección de este tipo de delitos: a diferencia de los anteriores, y aunque tiene otras funciones adicionales, la detección de delitos es su cometido principal.²⁶

Es usual que en el mundo de las finanzas y de la economía, la prevención administrativa (estatal y pública) muestre cierta tendencia a generar estructuras aisladas, de proporciones acotadas, integrada en parte por actores del propio sector privado: esto ocurría hace tiempo en Argentina con el régimen penal cambiario (Ley 19.359 de 1971), y es lo que ocurrió, a partir de la Ley 25.246, con el lavado de bienes y, posteriormente, con la financiación del terrorismo.

La prevención mudó así del espacio público al privado, de la flagrancia del delito precedente al afloramiento de fondos, de las agencias policiales a las administrativas, y de los funcionarios, mayoritariamente, a los particulares.

En resumidas cuentas puede decirse que el procedimiento de detección opera, dentro de este sistema, en dos fases, combinando la actuación de sujetos privados y públicos en lo que se ha denominado “sistema de filtros”: en la primera línea se ubican, esencialmente, actores del sector privado con intervención directa en las transacciones comerciales y financieras usualmente utilizadas para

²⁶ Sobre el punto, Orsi, O. “Estado y mercado: el blanqueo del producto de la corrupción”, en *Mores Maiorum*, Buenos Aires, núm. 3, 2005.

legitimar activos o encubrir actos de financiación del terrorismo, quienes tienen a su cargo la tarea de informar operaciones sospechosas; la segunda línea, a cargo de la administración (Unidad de Información Financiera), es la encargada de realizar una actuación preliminar en vista de dar intervención o no al Ministerio Público Fiscal.

Inicialmente la unidad fue diseñada —y ejecutada— como un órgano pasivo, cuya actuación era esencialmente promovida por los sujetos obligados a informar operaciones sospechosas o por los requerimientos internacionales de colaboración. Con el tiempo, la UIF fue ensanchando sus atribuciones y el perfil proactivo propio de la actividad preventiva, merced a una mayor capacidad para acceder y entrecruzar información, como también de abrirse hacia otras fuentes de insumos.

La configuración de este dispositivo en particular, y los problemas lógicos de involucrar en él al sector privado mejor posicionado para cometer delitos, escapan a los objetivos de este trabajo.²⁷ En el derecho comparado, y del mismo modo en Argentina, no se trata de una vía de insumos que haya provisto a la administración de justicia de un caudal de investigaciones relevantes que devinieran a la postre en una respuesta efectiva.

La dificultad de proceder de atrás hacia adelante (desde el afloramiento del capital al delito precedente) fue allanada, así, mediante la amplificación del tipo: ahora, cualquier detección policial de un delito, si se aplicó su producto, admite la posibilidad de una doble imputación. La punición del autolavado permite actuar sobre casos detectados por fuera del sistema de “filtro”, en una suerte de retorno al paradigma general de prevención policial.

La detección del lavado a partir del ilícito de origen, torna a su vez esperable el incremento de condenas en delitos marginales y de mayor vulnerabilidad frente a la acción de las distintas fuerzas de prevención,²⁸ en particular de entornos donde el derecho penal queda subsumido en la agenda de seguridad;²⁹ según las estadísticas comparadas, incluyendo las de Argentina, las sentencias se originan, en gran parte, de esta forma.

²⁷ Sobre estos aspectos, Orsi, O. "La prevención administrativa de la financiación del terrorismo: un sistema perfectible", en *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, 2/2008, pp. 232-248.

²⁸ MIRALLES, T. "Discurso criminológico y política criminal socialista en Barcelona", en VARIOS AUTORES. *El poder penal de Estado*, Depalma, Buenos Aires, 1985; BARATTA, A. *Criminología crítica y crítica del derecho penal*, Siglo XXI, México, 1986; ARROYO GUTIÉRREZ, J. "Función instrumental y función simbólica del derecho penal", en SÁNCHEZ. *Sistemas penales y derechos humanos*, García Hermanos, San José, 1997; BIGLIANI, P. y COSTANZO, M. "El olvido de la legalidad. Un análisis del principio de legalidad a través de la inflación penal y sus consecuencias", en HENDLER. *Las garantías penales y procesales —enfoque histórico comparado—*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2001; ORSI, O., *Los límites del legislador penal. Discurso penal y programa constitucional*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2007.

²⁹ D'ALESSIO, A. "La política criminal en la Argentina. Entre la razón y el miedo", en *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2004.

De otro lado, dado que en la prueba del lavado suele reinar el sistema indiciario y de exclusión de contextos alternativos (probar lo que no es, inferir lo que es), será más fácil acreditar este delito cuando un desocupado realiza el producto en un bien suntuario que cuando lo hace una persona dedicada a operaciones comerciales a escala, que detenta un capital lícito elevado y variado.

Así, y como suele ocurrir con demasiada frecuencia, el sistema penal terminaría por responder a las tensiones (en este caso, cumplir lo acordado con el GAFI para evitar sanciones) por la línea de menor tensión: un nuevo ejemplo de los complejos y variados mecanismos que conducen a la conocida selectividad penal.³⁰

b) Los dispositivos de persecución

Los órganos de persecución sufrieron un planeamiento similar al recién referido: frente a una persecución penal difundida (todos los fiscales de una misma competencia) se priorizó la concentración en estructuras especializadas. En la mayor parte de los ministerios públicos, esta concentración también comprende la tarea de investigación: la averiguación de lo ocurrido suele estar depositada bien en una estructura interna centralizada (área de investigación o “policía judicial”), bien, directamente, en la agencia policial.

Argentina posee en este punto una tradición institucional que ha permitido ensayar estrategias distintas. De un lado, la potestad exclusiva que posee la administración de justicia sobre la investigación de hechos delictivos, donde las fuerzas policiales actúan, en caso necesario, como sus auxiliares; de otro lado, las dimensiones y estructura descentralizada de su Ministerio Público, heredero directo del “sistema espejo” del Poder Judicial.

Ese doble legado ha permitido que el Ministerio Público argentino pueda combinar una apreciable capacidad y entrenamiento en investigaciones, con un alto grado de descentralización interna: en este último punto, la institución se encuentra integrada por un elevado número de magistrados, elegidos por concurso y designados por el Poder Ejecutivo con acuerdo del Senado, quienes intervienen conforme a un sistema preestablecido de distribución de casos por turnos. Una vez que toman conocimiento de un caso, los fiscales no pueden ser apartados ni desplazados de su cargo ni recibir instrucciones especiales por parte de fiscales de mayor jerarquía.

³⁰ Una exploración arqueológica y genealógica de estos dispositivos en FOUCAULT, M. *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión*, Siglo XXI, Buenos Aires, 2003.

La confluencia de esta tradición con la necesidad de especialización es la que ha derivado, en Argentina, en una estrategia de refuerzo de la capacidad de investigación especializada sin desplazamiento del fiscal del caso: las unidades centrales, procuradurías y programas operan así proactivamente sobre el campo general de su competencia, pero a pedido del fiscal en casos concretos, auxiliándolos o acompañándolos en la procuración y litigio.

A partir de diciembre de 2012, esto es, luego de sancionada la modificación del tipo delictivo, se introdujeron nuevos cambios en la ingeniería institucional del Ministerio Público Fiscal, destinados a aplicar mejores recursos a los ilícitos de mayor impacto, entre los que se cuentan los de “cuello blanco”.

Estas nuevas estructuras, en sus primeros pasos, han permitido avanzar en casos de lavado estructural, como la utilización de un banco internacional que brindaba servicios sistemáticos de lavado (desde el paradigma del “cuello blanco”), o sobre estructuras marginales, como la circulación de dinero de la explotación sexual de personas (desde el paradigma del “crimen organizado”); estas investigaciones complejas se están abordando hoy día en mejores condiciones, merced a los cambios introducidos en los dispositivos materiales de investigación y litigio.

El abordaje de la ingeniería y arreglos institucionales (organización y manejo de información) excede los alcances de este trabajo, pero queremos rescatar la importancia de este nivel: fracasos y éxitos dependen, en mayor medida, de la configuración de los dispositivos institucionales de administración y ejercicio de poder que de la reforma sucesiva de los tipos delictivos, que es lo que suele verificarse en múltiples ejemplos de derecho comparado.³¹

9. A modo de colofón

Los cambios normativos en materia penal, lejos de responder a una lógica perfecta y unívoca, suelen responder a distintas fuerzas y circunstancias.

La provisión de insumos (casos burdos de autolavado) detectados a través de la prevención policial puede derivar, si no es contrapesada de algún modo, en un incremento de las tendencias selectivas del sistema penal.

Es posible, así, que la efectividad aumente en casos extrasistémicos, pero se mantenga baja ante estructuras de alta capacidad operativa, imbricadas en el corazón del sistema financiero.

³¹ ABEL SOUTO, M. “Década y media de vertiginosa política criminal en la normativa penal española contra el blanqueo. Análisis de los tipos penales contra el blanqueo desde su incorporación al texto punitivo español en 1998 hasta la última reforma de 2003”, *La Ley*, núm. 20, 2005.

También es previsible que, de detectarse casos de mayor complejidad y levisidad, ellos respondan más al paradigma de “crimen organizado” (de perfil clandestino y violento) que al de “cuello blanco” (delito de empresa).

Junto al cambio normativo que permite atrapar conductas más simples y de detección palmaria se encuentran en desarrollo, en Argentina, algunas estrategias destinadas a reforzar los sistemas de prevención y persecución penal, de modo de incrementar su eficiencia respecto de casos estructurales de lavado.

El futuro próximo indicará cuál fue el resultado neto de la puja entre esas tendencias. ■