

UNIVERSIDAD DE BELGRANO
ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO PENAL
(CARRERA N° 1507)



TRABAJO FINAL INTEGRADOR
PROBLEMAS Y NECESIDADES EN TORNO A LA
INTEGRACIÓN MUNDIAL EN MATERIA DE
PREVENCIÓN Y COMBATE CONTRA EL LAVADO
DE ACTIVOS.

TUTOR: PROF. IGNACIO MAHIQUES

ESTUDIANTE: GREGORIO SCHUMACHER

MATRÍCULA N° 151 (Cohorte 2020)

ÍNDICE

1) Introducción	p. 4
2) El delito de Lavado de Activos. Estándares Internacionales	p. 6
a) Concepto y características	p. 6
b) Convenciones internacionales	p. 6
i) Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas	p. 6
ii) Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional	p. 8
iii) Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción	p. 9
c) Grupo de Acción Financiera Internacional	p. 9
i) Las 40 recomendaciones	p. 10
d) Conclusión del capítulo	p. 12
3) Legislación Argentina en materia de Lavado de Activos. El delito de lavado de activos. El bien jurídico protegido. Unidad de Información Financiera	p. 14
a) Ley 23.737	p. 14
b) Ley 25.246	p. 16
i) Codificación del tipo penal de lavado de activos	p. 16
ii) Unidad de Información Financiera	p. 18
c) Ley 26.683	p. 21
i) Sobre la atribución de querrelar de la UIF	p. 23
d) Conclusiones del capítulo	p. 25
4) Consideraciones en torno al “Delito precedente”	p. 27
a) De la evasión tributaria como delito precedente	p. 27
i) El caso argentino	p. 28
ii) Análisis jurisprudencial y doctrinario en el derecho comparado	p. 29
iii) Algunas observaciones	p. 30
iv) Toma de postura	p. 31
b) La prueba del delito precedente	p. 32
i) Planteo del problema y método de abordaje	p. 32
ii) Análisis de las tres posiciones dominantes	p. 33
iii) Toma de posición y conclusiones del capítulo	p. 36
5) Decomiso Penal como mecanismo de recuperación de activos	p. 38
a) Instrumentos Internacionales en materia de Decomiso	p. 38
i) Unión Europea	p. 40
ii) Mercosur	p. 42

b)	Las distintas formas de decomiso en el Código Penal Argentino _____	p. 42
i)	Figura genérica _____	p. 42
ii)	Figura especial _____	p. 43
c)	Bienes pasibles de decomiso _____	p. 44
d)	Problemática en torno a la naturaleza jurídica del decomiso _____	p. 46
e)	Conclusiones del capítulo _____	p. 48
6)	Extinción de dominio _____	p. 49
a)	Derecho comparado _____	p. 50
i)	Latinoamérica _____	p. 51
ii)	Estados Unidos de Norteamérica _____	p. 52
iii)	España _____	p. 53
b)	El caso argentino _____	p. 53
i)	Proyecto de ley 1406-D-2016 _____	p. 53
ii)	Decreto 62/2019 _____	p. 55
c)	Conclusiones del capítulo _____	p. 56
7)	Conclusión _____	p. 58
8)	Bibliografía _____	p. 60

1) Introducción

Durante la Ilustración, el derecho penal alcanzó una fase caracterizada por la aparición de "garantías procesales", cuyo principal objetivo fue dejar atrás los aberrantes crímenes cometidos por las instituciones de la inquisición. A esa nueva fase se la llamó *Derecho Penal Liberal*.

Desde aquel entonces, la humanidad ha experimentado un avance tecnológico sin precedentes que alteró el modo de entender al mundo y la vida. El fenómeno de la *Globalización* representa un cambio de paradigma, un salto abrupto hacia la era de la tecnología.

Este fenómeno, en suma al fracaso de los estados modernos, llevó a un mayor grado de inequidad en la distribución de la riqueza y amplió las diferencias sociales y económicas entre los países más avanzados y aquellos en vías de desarrollo. Esto, facilitó la aparición de grupos delictivos organizados que compiten por el monopolio del ejercicio de la violencia¹.

Para tomar dimensión de la importancia que tiene este fenómeno, primero se debe entender que el surgimiento del combate está totalmente ligado a la reacción de la comunidad internacional ante la descontrolada evolución e incremento de lo que, en el año 2000, la ONU denominó "Delincuencia Organizada Transnacional"².

Cuando hablamos de grupos criminales, probablemente lo primero que se nos viene a la mente son los fenómenos locales conocidos como "*Mafias*" (*Yakuza*, *Cosa Nostra*, etc.), sin embargo, estas no son sino una etapa previa del *Crimen Transnacional*³. La evolución de la criminalidad organizada se caracteriza por la transnacionalidad de sus actividades.

La delincuencia organizada transnacional abarca prácticamente todos los actos delictivos graves de carácter internacional perpetrados con fines de lucro y relacionados con más de un país⁴.

Este tipo de criminalidad tuvo su auge a finales del siglo XX. Entre los delitos considerados de delincuencia organizada se encuentran: el tráfico de drogas, el tráfico ilícito de migrantes, la trata de personas, el tráfico de armas de fuego, flora y fauna silvestres, productos adulterados y bienes culturales, incluso ciertas formas de delincuencia cibernética. Producto de dichas actividades, se generan enormes cantidades de capital a diario. Ahí es donde entra en juego el lavado de activos. Se trata de un delito cuyo fin no es generar dinero, sino legitimar el dinero sucio, encubriendo su procedencia ilícita.

En otras palabras, una vez recaudado el dinero proveniente de la actividad ilícita, este debe pasar por una operación de lavado para poder ser introducido en el mercado formal. Además de ser un delito autónomo, ejerce un papel complejizador de otros delitos, ya que encubre el origen ilícito del producto. Por ende, es un delito necesario para todas estas

¹ ABOSO, Gustavo E. (2019), "Criminalidad Organizada y Derecho Penal", Ed. BdeF, p. 6.

² ANNAN, Kofi A., Sec. Gral. de las Naciones Unidas (2004), Prefacio de la "Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos".

³ VILLALPANDO, W. (2014), "Crimen Organizado Transnacional", Editorial Astrea, Pp. XII/XIII.

⁴ UNODC (Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito 2019), Crimen Organizado.

organizaciones, que complejiza y dificulta la investigación de sus actividades ilícitas y, para colmo, hace posible su financiación mediante la legitimación del dinero obtenido ilícitamente. Por estos motivos, el lavado de activos es el gran aliado del crimen organizado, pero al mismo tiempo, su talón de Aquiles.

Desde los organismos internacionales se ha propuesto la materialización de una política criminal internacional para nutrir de forma homogénea los códigos procesales en materia penal de los distintos países para evitar el "*Lavado en cadena*". Principalmente, se basa en la tipificación de las mismas conductas, la flexibilidad de los estándares probatorios y la aplicación de nuevas herramientas de recupero de activos. Además de la integración (o armonización) de la legislación represiva⁵, también se fijaron políticas criminales en común vinculadas con la cooperación judicial internacional.

Así fue como tuvo lugar la tipificación de ciertos delitos que incrementó considerablemente el número de comportamientos punibles, los cuales, en algunos casos, son tipos ambiguos que podrían colisionar con principios del debido proceso.

Estas son las razones por las que desde algunos sectores de la dogmática penal se cuestionan si es posible mantener los principios que conforman al Derecho Penal de la ilustración. Esto quiere decir, como mínimo, que el *Derecho Penal Liberal* se encuentra en crisis⁶.

En este trabajo se abordarán las necesidades y problemáticas en torno a la integración en materia de lavado de activos, para lo cual se analizará la política internacional en la materia y su impacto en la legislación local. En la misma línea, se continuará con el análisis de una de las herramientas desarrolladas por la política criminal internacional y la tensión que generan con las garantías constitucionales en nuestro país: el "decomiso sin condena".

⁵ ABOSO, Gustavo E. (2019), "Criminalidad Organizada y Derecho Penal", Ed. BdeF, p. 5.

⁶ DONNA, Edgardo Alberto, "¿Es posible el Derecho Penal Liberal?", Pp. 1/2.

2) El delito de Lavado de Activos. Estándares Internacionales.

a) Concepto y Características

El blanqueo de capitales consiste en desaparecer las huellas del origen sucio del dinero, utilizándolo en operaciones económicas lícitas para dotarlo de apariencia de legalidad⁷.

Podría decirse, en términos generales, que una operación de lavado de dinero consta de 3 etapas principales. En primer lugar, la instancia de *Colocación*. Es el momento en el cual se busca una plaza financiera permeable que le permita a la persona introducir los bienes que son de origen ilícito. En un segundo momento aparece la etapa de *Estratificación* (También conocida como Encubrimiento), la cual consiste en llevar a cabo la mayor cantidad de operaciones financieras posibles con el fin de perder el origen ilícito de los bienes. Finalmente, la *Integración*. Esta etapa se da cuando el dinero de origen ilícito parece lícito y pasible de impuestos⁸.

Dentro de las consecuencias de este delito, se encuentran: la afectación macroeconómica (En la medida que un Estado no tenga la posibilidad de saber cómo se desarrolla la economía de un país, más difícil será determinar las medidas económicas más prudentes de tomar), el efecto corruptor del gobierno (En determinado momento voy a tener que saltar barreras de control, y eso implica la búsqueda de corromper funcionarios públicos) y el efecto subversivo del Estado, quizás el menos habitual, aunque el más temido. Esta última consecuencia se presenta cuando una persona u organización concentra tanto poder que está en condiciones de poner en jaque al Estado, tal cual ocurrió en Colombia hace 30 años con Pablo Escobar y el Cartel de Medellín.

El delito de lavado de activos (Blanqueo de capitales, lavado de dinero, legitimación de activos, etc.) entró en boca de todos dentro de la dogmática penal a finales de la década de 1980 a consecuencia de la política criminal internacional llevada adelante por diversos organismos internacionales, con el especial impulso de los Estados Unidos y del resto de las potencias que componen lo que en esos tiempos se denominaba G7.

b) Convenciones Internacionales

i) Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas (1988)

En el año 1988 se llevó a cabo la "Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas", en la ciudad austríaca de Viena. En su Art. 3, llamado "Delitos y sanciones", enuncia: "*Cada una de las Partes adoptará las medidas que sean necesarias para tipificar como delitos penales en su derecho interno, cuando se cometan*

⁷ BLANCO CORDERO, Isidoro (1997), "Criminalidad Organizada y Mercados Ilegales", Revista Eguzkilore, España, Pp. 219/220.

⁸ D'ALBORA, Francisco J. (H) (2020), "Lavado de Dinero", contribuciones de Facundo Andrés, 3º ed. - Buenos Aires, Ad-Hoc, P. 21.

*intencionalmente: (...) b) i) La conversión o la transferencia de bienes a sabiendas de que tales bienes proceden de alguno o algunos de los delitos tipificados de conformidad con el inciso a) del presente párrafo, o de un acto de participación en tal delito o delitos, con objeto de ocultar o encubrir el origen ilícito de los bienes o de ayudar a cualquier persona que participe en la comisión de tal delito o delitos a eludir las consecuencias jurídicas de sus acciones; ii) La ocultación o el encubrimiento de la naturaleza, el origen, la ubicación, el destino, el movimiento o la propiedad reales de bienes, o de derechos relativos a tales bienes, a sabiendas de que proceden de alguno o algunos de los delitos tipificados de conformidad con el inciso a) del presente párrafo o de un acto de participación en tal delito o delitos". Además, "c) A reserva de sus principios constitucionales y de los conceptos fundamentales de su ordenamiento jurídico: i) La adquisición, la posesión o la utilización de bienes, a sabiendas, en el momento de recibirlos, de que tales bienes proceden de alguno o algunos de los delitos tipificados de conformidad con el inciso a) del presente párrafo o de un acto de participación en tal delito o delitos"*⁹.

Como se observa en la transcripción del artículo 3, el tipo está descrito de forma completa, con sus respectivos verbos típicos y dejando en claro que la obligación de sancionar este delito se da únicamente cuando el delito precedente estuviera vinculado al narcotráfico.

También se definen otros conceptos como *el umbral mínimo de intencionalidad*, traducido a nuestro lenguaje como "dolo eventual", bajo las frases "*con la consecuencia posible de que los bienes originarios o los subrogantes adquieran la apariencia de un origen lícito*" o "*a sabiendas*". Lo mismo sucede con el concepto de *encubrimiento*. En efecto, en nuestra primera versión, el delito de lavado era entendido como una especie de encubrimiento agravado¹⁰.

Así fue como en el año 1989 el Congreso de la Nación Argentina sancionó la ley 23.737 "Ley de estupefacientes", en cuyo art. 25 tipificó el delito de lavado de activos. Dicha figura fue el primer tipo penal de lavado de activos en Argentina, y su relevancia es enorme para este trabajo, sin embargo, se ahondará más en detalle en los próximos capítulos.

Por otro lado, el Art. 5 de la mencionada convención, titulado "Decomiso", reza: "1. Cada una de las Partes adoptará las medidas que sean necesarias para autorizar el decomiso: a) *Del producto derivado de delitos tipificados de conformidad con el párrafo 1 del artículo 3, o de bienes cuyo valor equivalga al de ese producto. (...) 2. Cada una de las Partes adoptará también las medidas que sean necesarias para permitir a sus autoridades competentes la identificación, la detección y el embargo preventivo o la incautación del producto, los bienes, los instrumentos o cualesquiera otros elementos a que se refiere el párrafo 1 del presente artículo, con miras a su eventual decomiso. (...) 7. Cada una de las Partes considerará la posibilidad de invertir la carga de la prueba respecto del origen lícito del supuesto producto u otros bienes*

⁹ ONU (1988), "Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas", Ciudad de Viena, Austria, Pp. 3/5.

¹⁰ FLAH, Agustín, "Lavado de Dinero y Financiamiento del Terrorismo. Estándares Internacionales."; Pp. 167/178 de la obra "Lavado de Dinero", PASTOR, Daniel R., Dir. y ALONSO, Juan Pablo, Dir., 1º ed. - Buenos Aires, Ad-Hoc, 2018.

sujetos a decomiso, en la medida en que ello sea compatible con los principios de su derecho interno y con la naturaleza de sus procedimientos judiciales y de otros procedimientos”.

Tal disposición también se vio reflejada en el art. 25 de la ley 23.737, ya que en su último párrafo incorporó la figura del embargo preventivo, como así también la idea de inversión de la carga probatoria, tal como fue sugerido en la Convención de Viena.

ii) Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (2000)

Posteriormente, ya en el año 2000, los Estados miembros de la Organización de las Naciones Unidas llevaron a cabo una nueva convención, esta vez en la ciudad italiana de Palermo, llamada “Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional”. La elección de aquella ciudad para inmortalizar la “Convención de Palermo” no fue casualidad, ya que Palermo es la capital de la isla de Sicilia, donde tuvo origen y opera una de las organizaciones mafiosas más reconocidas a nivel mundial, la *Cosa Nostra*.

En dicha convención se determinó que los estados miembros tendrán la obligación de tomar las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar y penalizar el delito de “*Blanqueo del producto del delito*”. A diferencia de lo establecido en 1988, esta vez el delito precedente tendrá que ser “*la gama más amplia posible de delitos determinantes*”, y se deberá incluir dentro de esa categoría a “*todos los delitos graves*”. También se estableció la obligación de los estados parte de desarrollar un amplio régimen interno de reglamentación y supervisión de los bancos, instituciones financieras no bancarias y cualquier otra institución que sea susceptible de utilizarse para el blanqueo de dinero, como así también la obligación de garantizar y promover la cooperación a escala mundial, regional, subregional y bilateral entre las autoridades judiciales, a fin de combatir el lavado de dinero¹¹.

Todo lo expuesto en la Convención de Palermo del año 2000, dio lugar a sanción de la ley 25.246, del mismo año. De una conversación mantenida con el *Profesor Horacio Días* en un encuentro organizado por la Universidad de Belgrano en el mes de diciembre de 2020 sobre la temática “Asociación ilícita y Lavado de Activos”, surgió que *Fernando de la Rúa*, en su carácter de Presidente de la Nación, había requerido un préstamo al FMI, y algunas de las condiciones para poder aplicar a él eran suscribir la convención de Palermo, incorporarse al GAFI y hacer lo necesario para que el Congreso de la Nación sancione una ley con los compromisos allí asumidos. Así fue como en el año 2000, el Congreso de la Nación sancionó la mencionada ley y Argentina tuvo por primera vez en su historia un tipo penal de lavado de activos codificado.

¹¹ ONU (2000), “Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional”, Ciudad de Palermo, Italia, Pp. 8/10.

iii) Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (2004)

A su vez, en el año 2004 tuvo lugar en la ciudad de Nueva York la "Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción". En su art. 14¹² figuran las medidas que los Estados Parte deben adoptar en relación con la prevención del blanqueo de capitales.

Entre ellas, figuraban la necesidad de establecer un amplio régimen de supervisión de los bancos y de las instituciones financieras no bancarias, que abarque a su vez a cualquier sujeto que preste tales servicios, para detectar y prevenir todas las formas de blanqueo, mediante los requisitos de identificación del cliente y denuncia de las transacciones sospechosas.

Además, insta a los Estados a considerar "*la posibilidad de establecer una dependencia de inteligencia financiera que sirva de centro nacional de recopilación, análisis y difusión de información sobre posibles actividades de blanqueo de dinero*".

Por último, se deja en claro que los Estados "*se esforzarán por establecer y promover la cooperación a escala mundial, regional, subregional y bilateral entre las autoridades judiciales, de cumplimiento de la ley y de reglamentación financiera a fin de combatir el blanqueo de dinero*".

La relación existente entre corrupción y lavado de activos es cada vez más clara. La corrupción moderna ha evolucionado a un modelo más empresarial o corporativo, toda vez que las acciones ilícitas se fueron sofisticando. Fueron creados nuevos métodos de corrupción mediante la creación ficticia de empresas, con el fin de intervenir en la economía legal y así poder blanquear las ganancias ilícitamente obtenidas. Por ello, la corrupción es una herramienta más del *Crimen Organizado*, quienes ahora buscan implantarse en los sistemas políticos y económicos para garantizar una mayor impunidad¹³.

Ese flagelo socava el desarrollo económico, social, cultural, político y civil de las sociedades de todo el mundo. Las ingentes cantidades de dinero que hay en juego pueden comprometer la economía legítima de los países y repercutir directamente en la gobernanza como resultado de la corrupción y la compra de votos¹⁴.

c) GAFI

En paralelo a las convenciones de las naciones unidas, el entonces G7 (compuesto por Alemania, Canadá, Estados Unidos, Francia, Italia, Japón y Reino Unido), llevó adelante su quinto congreso económico en el que se labró un documento llamado "*Declaración económica*". En el capítulo denominado "Materia de drogas", se planeó llevar a cabo un Grupo de Acción Financiera Internacional, que tendrá la obligación de generar en un año, la prevención y combate al lavado de dinero.

¹² ONU (2004), "Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción", Ciudad de Nueva York, Estados Unidos de América, Pp. 17/18.

¹³ SANZ MULAS, Nieves (2020), "Política Criminal", 1º ed., Buenos Aires, Hammurabi, Pp. 285/287.

¹⁴ <https://www.unodc.org/toc/es/crimes/organized-crime.html>

El GAFI (por sus siglas en español) o FATF (*Financial Action Task Force against Money Laundering and Terrorist Financing*) es una organización intergubernamental cuyo principal objetivo es el desarrollo y promoción de políticas para prevenir y combatir el lavado de activos y el financiamiento del terrorismo.

Desde el punto de vista del derecho internacional público, el GAFI-FATF no es un organismo, sino un "*club*" de países o, en palabras del *Prof. Agustín Flah*, un "*mecanismo*"¹⁵.

Esto último se debe a que el GAFI no cumple con ciertos requisitos básicos del Derecho Internacional Público para ser reconocido como un ente, entre los que se encuentran su falta de personería jurídica (es decir, no cuenta con acto formal de creación), la inexistencia de órganos permanentes (aunque posee órganos ad-hoc), no otorga inmunidad diplomática para sus miembros (sin embargo, sus miembros suelen ser diplomáticos de sus respectivos países por lo que cuentan con inmunidad previa), incapacidad para realizar convenios o tratados (tan solo puede realizar acuerdos informales) y, que sus acuerdos o recomendaciones no resultan vinculantes para las partes.

Respecto a este último punto, si bien es cierto que las recomendaciones del GAFI no generan obligación entre las partes, existe lo que se llama "*contramedidas*". No debe olvidar el lector que el GAFI fue creado por el entonces *Grupo de los Siete* (osea, las mayores potencias económicas del mundo). En caso de incumplimiento de las recomendaciones o acuerdos con el GAFI, un país puede terminar en la *lista gris*, lo que quiere decir que es un territorio riesgoso en términos de prevención del lavado de activos, lo cual conducirá necesariamente a la dificultad o imposibilidad de acceder a determinados préstamos, al incremento del riesgo país, a la pérdida de acuerdos comerciales, entre muchas otras consecuencias nefastas para cualquier economía (especialmente para la de países en vías de desarrollo). En la actualidad, el GAFI posee 37 países miembros¹⁶, más algunos miembros observadores como es el caso del Banco Mundial y del FMI. Cómo ya se dijo, Argentina es miembro desde el año 2000.

i) Las 40 recomendaciones

Al cabo de un año de su creación, el Grupo de Acción Financiera Internacional cumplió en término con su obligación de generar la prevención y combate al lavado de activos. En ese sentido, en 1990 se crea un libro que se conoce como *las 40 recomendaciones*. Estas recomendaciones del GAFI constituyen un esquema de medidas completo y consistente que los

¹⁵ FLAH, Agustín, "Lavado de Dinero y Financiamiento del Terrorismo. Estándares Internacionales."; Pp. 167/178 de la obra "Lavado de Dinero", PASTOR, Daniel R., dir. y ALONSO, Juan Pablo, dir., 1º ed. - Buenos Aires, Ad-Hoc, 2018.

¹⁶ Alemania, Arabia Saudita, Argentina, Australia, Austria, Bélgica, Brasil, Canadá, China, Corea, Dinamarca, España, Estados Unidos, Finlandia, Francia, Grecia, Holanda, Hong Kong, India, Irlanda, Islandia, Israel, Italia, Japón, Luxemburgo, Malasia, México, Noruega, Nueva Zelanda, Portugal, Reino Unido, Rusia, Singapur, Sudáfrica, Suecia, Suiza y Turquía. Véase: <https://www.fatf-gafi.org/countries/>

países deben implementar para combatir el lavado de activos y el financiamiento del terrorismo, así como también el financiamiento de la proliferación de armas de destrucción masiva.

El documento original de 1990 fue una iniciativa para combatir el uso indebido de los sistemas financieros con la finalidad de lavar dinero del tráfico ilícito de drogas. En el año 2001, el GAFI incluyó 8 nuevas recomendaciones relativas al financiamiento de actos y organizaciones terroristas. Durante esa misma década se incorporó una novena recomendación a "las cuarenta" originales. Años más tarde, las 9 recomendaciones especiales fueron incorporadas dentro del texto de las cuarenta, por lo que volvieron a ser conocidas como las 40 recomendaciones del GAFI.

A las recomendaciones se le suman sus respectivas notas interpretativas, junto con las definiciones aplicables del glosario. La implementación de las medidas establecidas es evaluada mediante procesos de *Evaluación Mutua* y por otros procesos de evaluación de los miembros observadores (Banco Mundial y FMI)¹⁷.

La recomendación n° 3 establece que *"todos los países deben tipificar el lavado de activos en base a la Convención de Viena y la Convención de Palermo"*. Además, *"deben aplicar el delito de lavado de activos a todos los delitos graves, con la finalidad de incluir la mayor gama posible de delitos determinantes"*.

En las notas interpretativas de la recomendación n° 3, surge que *"Al probar que esos bienes son activos del crimen, no debe ser necesario que una persona sea condenada por un delito determinante"* y *"Los delitos predicados para el lavado de activos deben extenderse a la conducta que ocurrió en otro país, que constituye un delito en ese país y que internamente hubiera constituido un delito determinante"*¹⁸.

Por otro lado, la recomendación n° 4 reza *"Los países deben adoptar medidas similares a las establecidas en la Convención de Viena, la Convención de Palermo y la Convención Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo, incluyendo medidas legislativas, que permitan a sus autoridades competentes congelar o incautar y decomisar lo siguiente, sin perjuicio de los derechos de terceros de buena fe: (a) bienes lavados, (b) producto de, o instrumentos utilizados en, o destinados al uso en, delitos de lavado de activos o delitos determinantes, (c) bienes que son el producto de, o fueron utilizados en, o que se pretendía utilizar o asignar para ser utilizados en el financiamiento del terrorismo, actos terroristas u organizaciones terroristas, o (d) bienes de valor equivalente"*.

"Estas medidas deben incluir la autoridad para: (a) identificar, rastrear y evaluar bienes que están sujetos a decomiso; (b) ejecutar medidas provisionales, como congelamiento y embargo, para prevenir manejos, transferencias o disposición de dichos bienes; (c) adoptar medidas que impidan o anulen acciones que perjudiquen la capacidad del estado para congelar

¹⁷ GAFISUD (2012), "Estándares Internacionales sobre la Lucha contra el Lavado de Activos y el Financiamiento del Terrorismo y la Proliferación", febrero 2012, Pp. 6/8.

¹⁸ GAFISUD (2012), "Estándares Internacionales sobre la Lucha contra el Lavado de Activos y el Financiamiento del Terrorismo y la Proliferación", febrero 2012, Pp. 35/36.

o embargar o recuperar los bienes sujetos a decomiso; y (d) tomar las medidas de investigación apropiadas".

"Los países deben considerar la adopción de medidas que permitan que tales productos o instrumentos sean decomisados sin que se requiera de una condena penal (decomiso sin condena), o que exijan que el imputado demuestre el origen lícito de los bienes en cuestión que están sujetos a decomiso, en la medida en la que este requisito sea compatible con los principios de sus legislaciones nacionales".

Este último párrafo instala uno de los temas más polémicos y debatidos en relación a la política de integración mundial en cuestiones de prevención y sanción del delito de lavado de activos. Justamente, el GAFI "recomienda" a los países que consideren la posibilidad de aplicar "decomiso sin condena penal" respecto de los bienes vinculados con el delito de lavado de activos o delitos determinantes. El problema es que, en un proceso penal, invertir la carga probatoria y privar a una persona de su propiedad sin la necesidad de fundar los motivos, es impracticable en cualquier país cuya legislación sea respetuosa de los derechos humanos. En los próximos capítulos este tema será abordado con mayor rigurosidad y se harán planteos para lograr dar cumplimiento a los compromisos internacionales asumidos sin atropellar los principios rectores de nuestra Constitución Nacional.

La recomendación n° 9 establece que las leyes sobre el secreto de las instituciones financieras no deben impedir la implementación de las recomendaciones del GAFI.

La recomendación n° 10 contiene la disposición de "Debida Diligencia del Cliente" (DDC), o mejor conocida como "Conozca a su cliente", que es la obligación de las entidades financieras de recabar los datos de sus clientes y abstenerse de operar con aquellos que no brinden la información mínima requerida.

Por otro lado, la recomendación n° 11 exige a estas entidades mantener los registros de operaciones por un tiempo determinado a fin de que los mismos puedan ser requeridos en caso de ser necesario.

Seguidamente, la recomendación n° 20 inaugura los *Reportes de Operaciones Sospechosas* (ROS), los cuales deben ser realizados por las entidades en cuestión a la Unidad de Información Financiera (cuya creación está dispuesta en la recomendación n° 29).

En la recomendación n° 22 se enumeran las actividades y profesiones no financieras que también deberán cumplir con este régimen. Esto, una vez plasmado en nuestra legislación pasarán a llamarse "*Sujetos Obligados*".

d) Conclusión del capítulo

El lavado de activos es el método escogido por las organizaciones delictivas para alterar la ruta del dinero al otorgar apariencia de licitud a los bienes, y de ese modo logra entorpecer la política de hallazgo y decomiso de bienes de procedencia ilícita.

La política criminal internacional impulsa el combate contra el crimen organizado mediante el rastreo de la huella de ilegalidad de los activos que obtienen en sus actividades.

Dicho rastreo deberá realizarse por vía de una investigación patrimonial compleja a cargo de un organismo público encargado de procesar y analizar la información. Esa información deberá ser proporcionada por terceros que participen (aunque mínimamente) en operaciones de dinero, siempre que alguna de ellas resulte “sospechosa”. Una vez formulada la denuncia, se exigirán explicaciones a las personas correspondientes. Si tales explicaciones no resultan suficientes, el Juez deberá tener la potestad de declarar el decomiso de los bienes, sin necesidad de condena penal para el delito determinante ni para el de lavado de activos. Se considera que este sistema debe estar implementado en todos los países de un modo prácticamente idéntico y, para contrarrestar las dificultades que conlleva la transnacionalidad de las actividades delictivas, es necesario un régimen de cooperación penal internacional en materia de decomiso (recomendación n° 38).

Tal cual lo explica el *Prof. Fernando Córdoba*, “*para poder decomisar los bienes primero hay que encontrarlos, para encontrarlos hay que seguir la ruta del dinero, y para poder hacerlo es primordial que esa ruta (...) se mantenga inalterada*”. Una política de decomiso de bienes eficiente priva a las organizaciones de recursos necesarios para su subsistencia, mientras se desincentiva este tipo de prácticas al atacar el beneficio económico¹⁹.

Considero que la “transnacionalidad” de la criminalidad organizada, aceleró la evolución del Derecho Internacional, al punto de que los estados se ven obligados a cumplir con normas que no fueron creadas mediante acuerdos. Este fenómeno es conocido como *soft law* y hace posible que se tomen decisiones que cambia nuestras vidas y obligaciones como ciudadanos prácticamente sin representatividad²⁰.

Esta tendencia parece ser irreversible frente al desafío de combatir la creciente criminalidad organizada y contrarrestar sus terribles consecuencias a la economía y democracia de los países. Sin embargo, la imperiosa necesidad de combatir el crimen organizado de forma homogénea, no puede pretender que nuestra legislación punitiva quede en manos de representantes técnicos de estados miembros del GAFI, por lo que será fundamental una incansable labor diplomática y legislativa para que las medidas que se tomen desde el marco internacional sean adecuadas a nuestros principios rectores, o bien, que las discusiones legislativas sean acalorados debates (y no votaciones a libro cerrado) en busca de ser parte de la solución y de brindar lo mejor para nuestro país y todos sus ciudadanos. De nada sirve una legislación réplica que luego no obtiene resultados por no hallar asidero en el Poder Judicial.

¹⁹ CÓRDOBA, Fernando J. (2015), “Delito de Lavado de Dinero”, Editorial Hammurabi, Pp. 19/20.

²⁰ FLAH, Agustín, “Lavado de Dinero y Financiamiento del Terrorismo. Estándares Internacionales.”; Pp. 167/178 de la obra “Lavado de Dinero”, PASTOR, Daniel R., dir. y ALONSO, Juan Pablo, dir., 1º ed. - Buenos Aires, Ad-Hoc, 2018.

3) Legislación Argentina en materia de Lavado de Activos. El tipo penal de lavado de activos. El bien jurídico protegido. Unidad de Información Financiera.

a) Ley de estupefacientes (23.737). De la "cláusula de exclusión del partícipe del delito precedente" y del autolavado. Decomiso.

Tal cual se mencionó en el capítulo anterior, tras la suscripción de la Convención de Viena, el Congreso de la Nación dictó en el año 1989 una ley especial sobre la "tenencia y tráfico de estupefacientes", cuyo art. 25 significó el primer tipo de lavado de activos en Argentina.

Si bien se trataba de una ley destinada a la protección de la salud pública, el art. 3 de la Convención de Viena exigía a los estados tipificar el lavado de activos cuando el delito precedente estuviera vinculado con estupefacientes, por lo que al entrar en vigor la ley, se inauguró este nuevo delito en nuestro país.

El art. 25 de la ley 23.737 (*Ley de estupefacientes*) rezaba "*Será reprimido con prisión de dos a 10 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 aquellos o del beneficio económico obtenido del delito, siempre que se 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 el 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 art. 39".

Como vemos, el art. 25 de la ley 23.737 guarda íntima relación con lo establecido en el art. 3 de la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas. En primer lugar, se mantienen los verbos típicos con pequeñas adaptaciones a nuestro ordenamiento jurídico. Por otro lado, al igual que plantea la convención, únicamente serán delitos precedentes aquellos relacionados con estupefacientes. El art. 3, inc. 4 de la convención, indica que los Estados parte podrán disponer del tipo de sanción a imponer entre *la pena de prisión u otras formas de privación de la libertad, sanciones pecuniarias y decomiso*. Tal fue la recepción de la ordenanza internacional que nuestro tipo penal contempla los tres tipos de sanción allí mencionados (pena de prisión, multa y decomiso).

Uno de los puntos más resonantes de este tipo de lavado de activos, y del que la Convención de Viena nada dice, es la *cláusula de exclusión del partícipe del delito precedente*. Si el autor de un delito, del cual obtiene activos, lava o blanquea esas ganancias derivadas de su propio delito, incurre en lo que se denomina "*autolavado*". El problema jurídico que surge de esta situación está relacionado con los principios básicos del derecho penal y procesal penal que hacen al *debido proceso*, tales como *non bis in idem* y *nemo tenetur*.

Los países que criminalizan las conductas de autolavado permiten la aplicación de un concurso real entre el delito previo y el posterior lavado. Esto se debe a que, al igual que lo plantea la *Comisión Interamericana para el Control del Abuso de Drogas de la Organización de Estados Americanos*²¹, el delito de lavado de activos se considera un delito *autónomo* del delito precedente.

Por otro lado, los países que no penan el autolavado consideran que la persona que haya cometido el delito previo no puede ser perseguida penalmente por el lavado del dinero obtenido por sus propios delitos debido a que de lo contrario sería exigirle a quien cometió un hecho ilícito que declare contra sí mismo (*privilegio de autoencubrimiento*). A su vez, se argumenta que una persona no puede ser juzgada dos veces por el mismo hecho (*non bis in idem*), y toda vez que el lavado de activos contempla la comisión de un delito previo, se estaría condenando dos veces a una persona por el mismo hecho.

En mi opinión, y en consonancia con lo expuesto por el *Dr. Roberto Durrieu Figueroa*, el proceso de autolavado no presenta ningún conflicto con los principios universales de derechos humanos como así tampoco con las garantías del debido proceso. En primer lugar, el derecho a no ser obligado a declarar en contra de sí mismo²², protege al imputado de ser forzado a contestar preguntas y/o contribuir al proceso en su contra. Sin embargo, el lavado de dinero se trata de un segundo delito, autónomo del primero, que implica un plan criminal, se trata de una conducta activa y compleja, independiente del hecho ilícito del que provienen los fondos, lo cual justifica un castigo adicional. En segundo lugar, respecto a los argumentos que sostienen que la punición del autolavado resulta ser una conducta posterior doblemente sancionada²³, es importante entender que el lavado de dinero no es una consecuencia natural del delito precedente, y que como ya dijimos, genera afectaciones distintas a las del delito previo²⁴.

En lo que respecta al decomiso de bienes vinculados a operaciones de lavado de activos y/o tráfico ilícito de estupefacientes, lo más trascendente del art. 25 de la ley 23.737 se encuentra en la oración "*Durante el proceso, el interesado podrá probar su legítimo origen*", esto significa que, al igual que lo sugiere la convención de Viena en su art. 5 inc. 7, la carga probatoria recae sobre el imputado.

²¹ CICAD-OEA (1999), Reglamento Modelo de la CICAD-OEA, Art. 2.6 y 2.7, Pp. 2/3.

²² Contemplado en los Art. 8.2.G de la CADH y el 14.3.G. del PIDCP.

²³ Amparados en el Art. 14.7 del PIDCP.

²⁴ DURRIEU FIGUEROA, Roberto (2017), "La Ganancia Económica del Delito. Lavado de Dinero, Decomiso y Financiamiento del Crimen Organizado y del Terrorismo", 1º ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina, Marcial Pons, Pp. 409/432.

b) Ley de Lavado de Activos de origen delictivo (25.246)

i) Codificación del tipo penal de lavado de activos

Once años más tarde, ya en el año 2000, el Congreso de la Nación sancionó la ley 25.246. Allí se estableció que el tipo de lavado de activos ya no sería parte de una ley especial como lo fue la ley 23.737, sino que ahora tendría su propio artículo dentro del Código Penal de la Nación. El sector del código que albergaría a este nuevo tipo fue el Capítulo XIII, el cual pasaría a denominarse "Encubrimiento y Lavado de Activos de origen delictivo". Así fue que, en el año 2000, el delito de lavado quedó tipificado en el art. 278 del Código Penal. Este rezaba " **1) a) Será reprimido con prisión de dos a diez años y multa de dos a diez veces el 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 dolo acto o por la reiteración de hechos diversos 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;

2) El que por temeridad o imprudencia grave cometiere alguno de los hechos descriptos en el inciso anterior, primera oración, será reprimido con multa del veinte por ciento (20%) al ciento cincuenta por ciento (150%) del valor de los bienes objeto del delito;

3) 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;

4) Los objetos a los que se refiere el delito de los incisos 1, 2 ó 3 de este artículo, podrán ser decomisados."

Como se observa, el entonces nuevo tipo penal de lavado de activos mantuvo la escala penal de dos a diez años de prisión, como así también la posibilidad de imponer una pena pecuniaria y el decomiso de los bienes. Sin embargo, al analizar el texto de la norma, podemos notar que al terminar de enunciar todos los verbos típicos del delito en cuestión se agrega la siguiente frase "o aplicare de cualquier otro modo...". Esta frase nos indica que todos los verbos mencionados con anterioridad, esto es, "convirtiere, transfiriere, administrare, vendiere, gravare" resultan ser solo ejemplos, ya que al introducir seguidamente "o aplicare de cualquier otro modo" se está diciendo que la enumeración dada no es taxativa. Esto puede generar controversias en cuanto a la vulneración del principio de máxima taxatividad según el cual el comportamiento punible tiene que estar establecido concretamente en el tipo, de lo contrario se corre el riesgo de

no dar publicidad a los comportamientos punibles y por ende el ciudadano puede no saber si está obrando dentro del marco de la norma, o fuera de ella.

Párrafo aparte, es bueno que el legislador haya abandonado la idea de establecer para la pena pecuniaria un monto determinado en la moneda de curso legal en Argentina, ya que la inestabilidad económica de nuestro país vuelve absurda la sanción al cabo de unos pocos años. Sin embargo, se incorpora como elemento objetivo del tipo el monto mínimo de cincuenta mil pesos, a fin de armonizar la gran escala que ostenta este tipo penal en relación con los principios de proporcionalidad y razonabilidad.

Además, se mantiene la cláusula de exclusión del partícipe del delito precedente, con la fórmula "*de bienes provenientes de un delito del que no hubiera participado*".

Por otro lado, el segundo párrafo del primer inciso del artículo 278 establece un agravante para el caso de que el autor realizare el hecho con habitualidad o como miembro de una asociación o banda formada para la comisión continuada de hechos. En lo que respecta a la discusión que gira en torno al concepto de "banda", considero que dicha polémica ya lleva demasiado tiempo sin ser solucionada. Corresponde que nuestros legisladores provean a nuestro Código Penal de una definición concreta del concepto de "banda" a fin de dejar de lado este inútil problema.

Como ya se mencionó en el primer párrafo de este subtítulo, la ubicación del nuevo tipo penal de lavado de activos de origen delictivo se encuentra en el Capítulo XIII del Código Penal de la Nación correspondiente a los delitos de encubrimiento. Es por ese motivo que los supuestos del tercer párrafo del inc. 1, y del inc. 3 remiten directamente a la pena establecida en el art. 277. Estos casos se dan cuando no se alcanza el monto mínimo de cincuenta mil pesos y en los casos de tentativa inacabada que se configuran con la simple recepción de los bienes con la finalidad de hacerlos aplicar a operaciones de lavado. Es extraño que un tipo penal contenga dentro de sus incisos la tipificación de la tentativa o que el artículo comience enunciando la figura agravada, sin embargo, el tipo de lavado de activos continúa sorprendiendo por sus múltiples particularidades.

Otra situación que se presenta en relación con la ubicación del art. 278, tiene que ver con lo dispuesto en el art. 279 del mismo código. La redacción actual de este último artículo fue incorporada también por la ley 25.246 y, entre otras cosas, establece que "*Si la escala penal prevista para el delito precedente fuera menor que la establecida en las disposiciones de este capítulo, será aplicable al caso la escala penal del delito precedente*". Esta cláusula está dirigida a la no imposición de una pena desproporcionada entre el delito previo y su posterior encubrimiento (o lavado), el asunto es que al entender que el lavado de activos es un tipo de encubrimiento, entonces no es posible que se imponga una pena más grave al encubrimiento del delito precedente que a la comisión de ese delito. Esto, como ya dijimos, ocurre por la interpretación que se hace del delito de lavado de activos como una figura agravada de encubrimiento y no como un delito autónomo, pero eso lo veremos con mayor detenimiento más adelante.

ii) Unidad de Información Financiera (UIF)

La enorme importancia de la ley 25.246 no se da únicamente por la tipificación del delito de lavado, sino porque además se encarga de dar nacimiento a la Unidad de Información Financiera en Argentina. La creación de esta oficina también es parte de la agenda internacional de finales de la década de 1980, ya que, dentro de los objetivos administrativos fijados por el Grupo de Acción Financiera Internacional, materializado en la *Recomendación n° 29*, se encontraba que cada país tuviera su "*Unidad de Inteligencia Financiera*" (en Argentina se optó por cambiar el nombre de la unidad por "información", porque el concepto de "inteligencia" tenía mala reputación en el país). Estas unidades están destinadas a la recepción y análisis de: (a) reportes de transacciones sospechosas; y (b) otra información relevante al lavado de activos, delitos determinantes asociados y el financiamiento del terrorismo, y para la comunicación de los resultados de este análisis²⁵.

La ley 25.246 estableció que la UIF funcionará con autonomía y autarquía financiera en jurisdicción del Ministerio de Justicia, para luego ubicarse bajo la órbita del Ministerio de Finanzas (actual Ministerio de Economía). Además, se determinó que la misma estará integrada por un Presidente, un Vicepresidente (quienes son designados por el Poder Ejecutivo Nacional, a propuesta del Ministro de Economía) y un Consejo Asesor de siete Vocales conformados por un representante del Banco Central de la República Argentina; un representante de la AFIP; un representante de la Comisión Nacional de Valores; un experto en temas relacionados con el lavado de activos representante de la Secretaría de Programación para la Prevención de la Drogadicción y la Lucha contra el Narcotráfico; un representante del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos; un representante del Ministerio de Finanzas y un representante del Ministerio del Interior.

Puntualmente, nuestra legislación estableció que la Unidad de Información Financiera tendrá competencia para "*1. Recibir, solicitar y archivar las informaciones a que se refiere el art. 21 de la ley; 2. Disponer y dirigir el análisis de los actos, actividades y operaciones que (...) puedan configurar actividades de lavado de activos o de financiamiento del terrorismo; 3. Colaborar con los órganos judiciales y del Ministerio Público Fiscal en la persecución penal de los delitos reprimidos por esta Ley*", y que a su vez estará facultada para solicitar informes, documentos y antecedentes, recibir declaraciones voluntarias, requerir colaboración a otros organismos de información del Estado, entre muchas otras cosas.

Una de las particularidades que más controversia se genera en base a las competencias de la UIF son su posibilidad de participar como querrela en las causas criminales cuyo delito esté relacionado con el lavado de dinero y/o el financiamiento del terrorismo, sin embargo, ahondaré en eso en el próximo título.

²⁵ GAFISUD (2012), "Estándares Internacionales sobre la Lucha contra el Lavado de Activos y el Financiamiento del Terrorismo y la Proliferación", febrero 2012, P. 24.

Para que este sistema funcione, es necesario que exista a su vez un complejo económico y financiero formado por terceros que realicen reportes de operaciones sospechosas. Este "complejo" también fue creado por la ley 25.246, más precisamente en su art. 20, en donde se realiza una enumeración exhaustiva de los llamados *sujetos obligados*. Esta lista está formada por distintas profesiones, oficios y servicios que pueden estar relacionadas con operaciones de grandes sumas de dinero. Entre ellas se encuentran las entidades financieras, las entidades autorizadas para operar en la compraventa de divisas, las personas que explotan juegos de azar, los fondos comunes de inversión, los registros públicos, las personas que se dedican a la compraventa de obras de arte, las aseguradoras, las empresas emisoras de cheques y tarjetas de crédito o de compra, las empresas de transporte de caudales, los servicios postales, los escribanos públicos, los despachantes de aduana, la administración pública y los entes descentralizados (Banco Central, AFIP, etc.), los profesionales matriculados por el consejo de ciencias económicas, las personas que reciben donaciones de terceros, los agentes inmobiliarios, las asociaciones mutuales y cooperativas, las personas que se dedican a la compraventa de vehículos automotores, los que actúen como fiduciarios, las personas jurídicas que cumplen funciones de organización y regulación de los deportes profesionales, y algunos otros.

El caso del abogado es un caso aparte, ya que este cuenta con la obligación de guardar el secreto profesional. En ese sentido, una obligación a denunciar a su cliente o potenciales clientes que lo consulten puede afectar de forma irreparable el derecho de defensa de los ciudadanos (de hecho, la nota interpretativa de la Recomendación nº 23 del GAFI sugiere que así sea cuando esté en juego el secreto profesional).

Ya sabemos quiénes son los sujetos obligados, pero aún no dijimos a que están obligados. Una de las principales reglas es "*Conozca a su cliente*". El art. 21 de la ley en cuestión establece que los sujetos obligados deberán "a) *Recabar de sus clientes, documentos que prueben fehacientemente su identidad, personería jurídica, domicilio y demás datos que en cada caso se estipule, para realizar cualquier tipo de actividad de las que tienen por objeto; b) Informar cualquier hecho u operación sospechosa; c) Abstenerse de revelar al cliente o terceros las actuaciones que se estén realizando*". El mismo artículo expresa que se considera operación sospechosa aquellas transacciones que de acuerdo con los usos y costumbres de la actividad que se trate, como así también de la experiencia e idoneidad de las personas obligadas a informar, resulten inusuales, sin justificación económica o jurídica, o de complejidad inusitada o injustificada, sean realizadas de forma aislada o reiterada.

Párrafo aparte, en el año 2011, la UIF emitió la resolución 70/2011 mediante la cual creó el sistema de reportes de operaciones "online" para organizar el procedimiento y canal para ejecutar los reportes de operaciones sospechosas. En el año 2014, a través de la resolución 300/2014, la UIF modificó el art. 15 ter de la res. 70/2011 e introdujo la nueva exigencia para los sujetos obligados de informar todas las operaciones efectuadas con monedas virtuales. A esta altura del trabajo no debe sorprender al lector que ese mismo año, el GAFI había brindado una

definición del concepto de monedas virtuales y lo había incorporado al texto de las recomendaciones. Es importante destacar que, hasta la actualidad, nuestro ordenamiento jurídico no cuenta con una definición legal de los conceptos de “moneda virtual”, “moneda digital”, “criptomonedas” y “criptoactivos”²⁶.

Es evidente que estas disposiciones no tardaron en causar polémica entre quienes cayeron en la categoría de sujetos obligados y parte de la población que veía estas medidas como fuertes restricciones a la libertad personal.

Hace unos pocos años la Corte Suprema de Justicia de la Nación se expidió con relación a la constitucionalidad de esta obligación de reportar²⁷. El Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires había interpuesto una demanda ante la Sala I de la Cámara Federal de Apelaciones de La Plata. Tras ser rechazada en diversas instancias, el reclamo llegó a la CSJN mediante el remedio federal. Lo sostenido por el colegio profesional era que la ley no establecía las pautas objetivas para determinar en qué casos una operación puede ser considerada “sospechosa” de encubrir lavado de activos o de financiamiento del terrorismo, lo cual, según se decía, colocaba a los escribanos en posición de ser sancionados por las penas previstas en el art. 24 de la Ley 25.246, y que tal circunstancia vulneraba el principio de legalidad.

El tribunal supremo resolvió por mayoría rechazar el planteo argumentando que las “operaciones sospechosas” se encuentran definidas en la ley y precisadas en por la resolución UIF 21/2011, cuyo art. 19 enuncia una lista de dieciséis hipótesis que sirven para delimitar dicho concepto con la claridad necesaria para que los escribanos públicos actúen en consecuencia.

Además, *“con relación a los destinatarios de la reglamentación, es decir, los escribanos públicos como sujetos obligados, esta Corte ha expresado que la reglamentación de la actividad notarial se justifica por su especial naturaleza, pues la facultad que se atribuye a los escribanos de registro de dar fe a los actos y contratos que celebren constituye una concesión del Estado. Ello justifica la inhabilitación disciplinaria de los escribanos, ya que la concesión que de facultades tan delicadas como las que el Estado les ha otorgado, tiene su necesario correlato en las exigencias y sanciones que la reglamentación contiene el sentido de revocar aquel atributo cuando la conducta del escribano se aparte de los parámetros que la ley establece para tutelar el interés público comprometido.”*

A estos argumentos se le suman los puestos en manifiesto en el voto del *Dr. Juan Carlos Maqueda*. En primer lugar, para determinar los alcances del principio de legalidad cuestionado corresponde seguir los estándares del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: i) el contexto de la norma bajo análisis; ii) el ámbito de aplicación para el que fue creada la norma; y iii) el estatus de las personas a quien está dirigida la norma. También, en cita del mencionado tribunal europeo, resaltó que *“la expresión ‘sospecha’, que contenían las normas puestas en*

²⁶ ZOCARO, Marcos, “Manual de Criptomonedas”, Ed. Osmar D. Buyatti, 2020, Pp. 45/47.

²⁷ “Colegio de Escribanos de la Provincia de Bs. As c. PEN s/ sumarísimo”.

crisis, era una cuestión de sentido común y que un grupo de personas bien informadas como son los abogados, no se encuentra en posición de alegar útilmente que no lo entiende".

Sin embargo, como ya se dijo, esta decisión de la corte no fue absoluta. Entre las manifestaciones disidentes se encuentran los argumentos del Dr. Ricardo Lorenzetti, quien refirió que las circunstancias que se enuncian (operaciones sospechosas, operaciones inusuales, etc.) deben ser valoradas por el sujeto obligado y que lejos están de ser pautas objetivas.

Para finalizar este acápite referido a la Unidad de Información Financiera, es de gran importancia mencionar que en el año 1995 se originó una organización internacional que reúne a todas las UIF del mundo para lograr su máximo rendimiento, el *Grupo Egmont*.

Dentro de sus funciones principales se halla coordinar los mecanismos de comunicación y cooperación entre las UIF, para alcanzar un fluido intercambio de información relacionada con el lavado de activos a nivel internacional²⁸.

La coherencia en torno a la creación de este grupo se encuentra alineada con la idea de combate en conjunto y coordinado de las naciones, desarrollado por la política criminal internacional del último tiempo.

c) Ley de Lavado de Activos y Financiamiento del Terrorismo (26.683)

En la actualidad, el art. 278 del Código Penal de la Nación se encuentra derogado. Esto es así desde la entrada en vigor de la ley 26.683, sancionada en el año 2011 por el Congreso de la Nación. Esta última modificación implicó fuertes cambios en lo que respecta a la política de represión del delito de lavado de activos.

Al entrar en vigor la ley, se dio lugar a la creación de un nuevo título que pasaría a denominarse "*Delitos contra el Orden Económico y Financiero*" y que abarca desde el art. 303 hasta el 313. El primer artículo del flamante capítulo tipifica la conducta de lavado de activos. Este dispone que "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;*

²⁸ D'ALBORA, Francisco J. (H) (2020), "Lavado de Dinero", contribuciones de Facundo Andrés, 3º ed. - Buenos Aires, Ad-Hoc, P. 48.

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".

A diferencia del tipo anterior, el art. 303 prevé una pena mínima de 3 años para el delito de lavado de activos. Este incremento del piso de la escala no es un detalle menor, ya que, si bien se trata de un aumento de un solo año, este resulta ser muy relevante a la hora de acceder al beneficio de la libertad condicional. Además, se suprimió del texto la cláusula de exclusión del partícipe del delito precedente que se venía sosteniendo desde el art. 25 de la ley de estupefacientes, por lo que desde ahora en más el autolavado es una conducta punible en Argentina.

Esto se debe, en parte, a la nueva ubicación del tipo de lavado. Ello implica no sólo la protección (y creación) de un nuevo bien jurídico, sino que también es la distinción definitiva de los conceptos "lavado de activos" y "encubrimiento". A una distancia de casi treinta artículos, no queda duda que fue voluntad del legislador dejar en claro esta diferencia. Sin embargo, también conlleva otras implicaciones, más allá de las simbólicas, como lo es el campo de aplicación de lo dispuesto en el art. 279 del CP. Como ya dijimos, el mencionado artículo contemplaba la situación en la cual se penaba a un sujeto por alguno de los delitos contenidos en el capítulo de los encubrimientos, pero que, al prever una escala menor para el delito previo, su condena no podía ir más allá de aquellos márgenes. Un ejemplo para el caso de lavado, si un sujeto hurta un vehículo automotor dejado en la vía pública, y luego hace pasar dicho activo por una operación de lavado, su pena no podría ser mayor a la de 6 años prevista por el art. 163 inc. 6. Recordemos que el tipo penal de lavado de dinero prevé una pena máxima de 10 años.

Esta situación generó una enorme controversia en la dogmática penal, sin embargo, debe entenderse que los delitos de lavado de dinero y encubrimiento poseen diferente naturaleza jurídica y estructura fáctica. Por un lado, el delito de encubrimiento contempla conductas que no superan la etapa de prelavado (es decir, ocultar, recibir, alterar, etc.), mientras que el delito de lavado de activos implica un proceso complejo y autónomo de reciclado que se da en la última etapa, la integración de los activos derivados del crimen en el mercado formal. Por otro lado, debe analizarse minuciosamente cuáles son las afectaciones que genera cada una de las conductas. En ese sentido, se entiende que el tradicional delito de encubrimiento protege un

único bien jurídico que es la administración de justicia, mientras que el delito de lavado de activos debe ser comprendido como un delito *pluriofensivo*²⁹. Se entiende que tiene carácter de "*Pluriofensivo*" respecto del bien jurídico protegido por la norma. Esto quiere decir que la tipificación de este delito protege dos o más bienes jurídicos, a diferencia de los más habituales "*uniofensivos*" que únicamente protegen un bien jurídico (Por ejemplo, el hurto es un delito cuyo bien jurídico protegido es la propiedad)³⁰.

i) Sobre la atribución de querellar de la UIF

Como ya se mencionó anteriormente, la *Unidad de Información Financiera* tiene la potestad de querellar en las causas relacionadas con los delitos de lavado de activos y financiamiento del terrorismo. Sin embargo, al momento de sancionar la Ley 26.683, su art. 25 establecía lo siguiente: "*La Unidad de Información Financiera (UIF) no podrá constituirse como parte querellante en procesos penales*". Este artículo fue "*observado*" por la Presidenta de la Nación Argentina, Cristina Fernández de Kirchner, en acuerdo general de ministros, argumentando que dicha función es de suma importancia para la lucha contra el lavado de activos y el financiamiento del terrorismo. La observancia de un artículo implica su no sanción, es decir, una especie de veto.

En mi opinión, este artículo no debería haber sido observado por los motivos que expondré a continuación.

En primer lugar, no surge de ninguna convención internacional en la materia, ni de recomendación alguna del GAFI, que las unidades de inteligencia financiera deben gozar de esta facultad. Siendo estos organismos los encargados de establecer los parámetros para la prevención y sanción del delito de lavado y de financiamiento, llama la atención que se le otorgue funciones extra a las allí establecidas. Tampoco hay ley en Argentina que habilite a la Unidad de Información Financiera a ejercer querellas criminales, sino tan solo un decreto de necesidad y urgencia del año 2008³¹.

Por otro lado, existe un convenio de colaboración entre la UIF y la Corte Suprema de Justicia de la Nación para el combate del lavado de activos y otros delitos contra el orden económico y financiero, en donde queda asentado que la intervención de la unidad en el proceso penal se encuentra circunscripta esencialmente a la de un colaborador técnico. Es más, la Sección 2 del acuerdo, titulado "*Solicitud de colaboración a la UIF*", establece que los tribunales competentes en materia penal podrán requerir a la UIF la remisión de informes con análisis de información que permita agregar valor a sus investigaciones. Además, establece que "*Los tribunales procurarán requerir la colaboración a la UIF únicamente cuando se trate de causas*

²⁹ DURRIEU FIGUEROA, Roberto (2017), "La Ganancia Económica del Delito. Lavado de Dinero, Decomiso y Financiamiento del Crimen Organizado y del Terrorismo", 1º ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina, Marcial Pons, Pp. 421/423.

³⁰ DURRIEU FIGUEROA, Roberto, "El Bien Jurídico Protegido en el Delito de Lavado de Dinero", Pp. 8/28.

³¹ Decreto 2226/2008, Poder Ejecutivo Nacional.

*judiciales en las que pueda presumirse una afectación al orden económico y financiero por el gran volumen de activos involucrados; investigaciones de lavado de activos procedente de alguno de los delitos graves enumerados en la ley 25.246; por el nivel de complejidad; por la naturaleza transnacional de la operación; o cuando existan elementos que indiquen la presencia de una organización criminal*³².

Otra situación que en mi opinión resulta de gran afectación al orden constitucional, es la injerencia del Poder Ejecutivo de la Nación en cuestiones que corresponden al Poder Judicial. Recordemos que la UIF, en un principio bajo la órbita del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, actualmente opera en la jurisdicción del Ministerio de Economía. Este detalle no es menor si consideramos que un organismo dependiente del Poder Ejecutivo se encarga de llevar adelante la acusación en el marco de un proceso penal. El principio fundamental de nuestro sistema político establece la división del gobierno en órganos independientes y soberanos, y determina que sus atribuciones son exclusivas y excluyentes.

Sin embargo, esto no es todo. Aceptar al Estado como querellante implica un quiebre con el principio de unidad de representación estatal, dando lugar a pluralidad de voces estatales en materia acusatoria que podrían no sostener un criterio unívoco al respecto, pudiendo afectar el principio de no contradicción³³.

En ese mismo sentido, de conformidad con lo expresado por el *Prof. Martín Chasco*, “*Se afectaría el principio de igualdad de armas, toda vez que se pondrá a la defensa en situación de deber vencer a una multiplicidad de voluntades. Esta situación podría afectar también al principio del ne bis in idem, ya que, incluso tratándose de persecuciones simultáneas, el Estado podría encontrarse persiguiendo a través de distintos organismos a la misma persona, por el mismo hecho, pero con distintas hipótesis acusatorias que no son coincidentes*”.

Considero que sería pacificador con estas tensiones que la Unidad de Información Financiera pase a estar bajo la órbita del Ministerio Público Fiscal, como órgano técnico colaborador sin la atribución de ejercer el rol de querrela, más si aportando datos e informes que le fueran solicitados por las fiscalías comunes y por aquella especializadas (PROCELAC y Procuraduría de Investigaciones Administrativas) para fortalecer los elementos de convicción en el marco de un proceso penal.

De ese modo, se alcanzarían los fines de prevención y combate contra los delitos que afectan el orden económico y financiero, sin dejar de resguardar los principios fundamentales de nuestro ordenamiento jurídico.

³² "Convenio de Colaboración entre la Unidad de Información Financiera y la Corte Suprema de Justicia de la Nación para el combate del Lavado de Activos, del Financiamiento del Terrorismo y otros Delitos contra el Orden Económico Financiero", Celebrado en el mes de marzo de 2017.

³³ CHASCO, Martín F., "El Estado como querellante: el caso de la Unidad de Información Financiera", Revista de Derecho Procesal Penal La Ley, Buenos Aires, edición de junio de 2019.

d) Conclusiones del capítulo

Como hemos visto, la legislación nacional en materia de lavado de activos es muy joven y a la vez dinámica, ya que en su corto tiempo de vida ha sido modificada en varias oportunidades hasta la que conocemos hoy en día. Estos cambios no están ligados únicamente al cumplimiento de los compromisos internacionales, sino también a la falta de eficacia.

Por ejemplo, durante la vigencia del art. 25 de la ley 23.737, prácticamente no se registraron condenas por lavado de activos. La exclusividad del narcotráfico como delito precedente, la cláusula de exclusión del partícipe del delito precedente y la similitud entre la descripción del tipo mencionado respecto de la figura de encubrimiento prevista en el art. 277 del Código Penal de la Nación³⁴, achicaron el margen de aplicación de esta figura.

La situación no fue muy diferente en el caso del art. 278 del Código Penal de la Nación. Si bien esta reforma eliminó todo tipo de condicionante respecto al delito precedente, desde la sanción de la ley 25.246 hasta la derogación del mencionado artículo, únicamente se registraron dos condenas³⁵ en más de una década³⁶. Así fue que, tras el proceso de evaluación llevado a cabo por el GAFI y GAFISUD en nuestro país en el año 2009, Argentina fue sometida a un proceso de seguimiento intensivo, lo que significa estar al borde de ingresar en la lista gris del GAFI, lo que luego terminó sucediendo. En esa ocasión, la evaluación arrojó el incumplimiento de 19 recomendaciones³⁷.

Fue por ese motivo que en el 2011 se sancionó la ley 26.683. En dicha reforma, el tipo de lavado de activos fue separado del delito de encubrimiento y, con ello, se eliminó la cláusula de exclusión del partícipe del delito precedente. Esta reforma permitió la imposición de un mayor número de condenas³⁸ y que Argentina mejorase sus calificaciones internacionales en materia de cumplimiento de las recomendaciones del GAFI.

Sin perjuicio de esto último, aún quedan aspectos por mejorar como los que he mencionado a lo largo del presente capítulo. Además, aún resta un largo camino de maduración

³⁴ BERTONI, Eduardo Andrés "Lavado de dinero: La preocupación de los organismos internacionales", Revista Jurídica de la Universidad de Palermo, año 3, número 1, 1998.

³⁵ Causa N° A-5/09- Tribunal Oral Federal N°2 en autos caratulados: "ALTAMIRA, Jorge Guillermo y otros p.ss.aa infracción ley 23737..." DEFINITIVA. Antecedentes: Expediente N° 13.799/07 del Juzgado Federal de Primera Instancia n° 2 de esta ciudad. y Causa ° 1941- Tribunal Oral en lo Penal Económico n° 2, caratulada "ACOSTA AGUILERA, Luz María y GUZMÁN RAMÍREZ, Francisco Javier s/ contrabando e infr. arts. 278 inc. 3 y 277 inc. 3 apartado "b" del CP.

³⁶ <http://penaleconomico.blogspot.com/2011/07/primeras-condenas-en-argentina-por.html> / <https://cpcecba.org.ar/noticias?idn=4579#:~:text=Desde%20la%20sanci%C3%B3n%20de%20Ia,y%20otro%20en%20Capital%20Federal.&text=De%20hecho%2C%20seg%C3%BAAn%20el%20sitio.se%20sancion%C3%B3%20la%20ley%20anterior.>

³⁷ Informe de Gestión UIF 2014, 1° edición - Buenos Aires, Argentina Unidad de Información Financiera, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, 2014.

³⁸ "A diez años de la ley que reestructuró el delito de lavado: el rol y el enfoque de la PROCELAC y un repaso estadístico de sentencias" Nota publicada en Fiscales.gob.ar <https://www.fiscales.gob.ar/criminalidad-economica/a-diez-anos-de-la-ley-que-reestructuro-el-delito-de-lavado-el-rol-y-el-enfoque-de-la-procelac-y-un-repaso-estadistico-de-sentencias/>

legislativa para que nuestro Poder Judicial pueda ser efectivo sin dejar de ser coherente, tanto en materia de represión como de recupero de activos.

Por otro lado, en lo que hace a la cuestión administrativa, deben considerarse los efectos de la regulación de modelos de prevención de lavado de activos en ciertos sectores privados. El caso "*Fintech*"³⁹ es muy gráfico al respecto. Donde la tecnología permite avanzar hacia nuevas formas de inclusión financiera, la imposición de ciertos esquemas rígidos podría representar un ancla para el desarrollo de esta flamante industria que se presenta como una alternativa al sistema bancario y que, sin dudas, seguirá creciendo hasta convertirse en una pieza clave del sector financiero de nuestro país.

³⁹ MORA, Santiago J. y PALAZZI, Pablo A., "Fintech: Aspectos Legales", Tomo I, Colección Derecho y Tecnología (2020), Pp. 95/97.

4) Consideraciones en torno al “Delito precedente”

a) De la evasión tributaria como delito precedente

El delito de lavado de activos es una conducta postdelictual. Esto significa que se requiere la existencia de un delito previo para la configuración del segundo delito.

Como ya vimos, originalmente, tanto desde el ámbito internacional como del local, se buscó perseguir el lavado de activos cuando el delito precedente estuviera vinculado con el narcotráfico. Ese es el sentido que emana de la Convención de Viena de 1988 y de su receptación local en la ley 23.737 del año 1989.

Más adelante, en el marco de las primeras recomendaciones del GAFI y de la Convención de Palermo, se sugirió que el delito precedente ya no debía estar reservado únicamente al narcotráfico, sino que ahora debía aplicarse a cualquier delito precedente vinculado con el crimen organizado transnacional. Para ello, se recomendó a los Estados incluir la mayor gama de delitos determinantes. Para esta consigna, se han diseñado distintos criterios que buscan establecer los parámetros que determinen qué delitos pueden ser precedentes de lavado, como por ejemplo el criterio de lista o umbral. Sin embargo, en nuestro país, se optó por una tercera opción. En Argentina, cualquier delito puede ser considerado delito precedente de lavado de activos. Se sostiene que no hay ninguna razón para limitar el número de delitos determinantes, ya que la ganancia ilícita de cualquier delito es susceptible de ser aplicada a una maniobra de lavado.

Ahora bien, esta posición adoptada por Argentina parece ir más allá de los objetivos planteados desde el ámbito internacional. Cuando se dio libertad a los estados para establecer cuáles serían los delitos determinantes, se trató siempre dentro del marco de los posibles delitos que se pudieran cometer desde organizaciones criminales (especialmente transnacionales).

Esta técnica adoptada por el legislador argentino está envuelta en numerosas críticas que persisten hasta la actualidad. Una de ellas, quizás la más controvertida, es la de los delitos tributarios, más específicamente, el caso de la evasión tributaria.

En febrero del año 2012, el Grupo de Acción Financiera Internacional actualizó sus estándares y recomendó que las herramientas que son aplicadas para el control del lavado de activos provenientes del crimen organizado también lo sean para el lavado de dinero proveniente de la evasión impositiva⁴⁰.

Que la pretensión punitiva de esta nueva implementación no persigue los mismos fines que la que originalmente se había propuesto -esto es, desfinanciar al crimen organizado-, no es ningún descubrimiento. En adelante, se expondrán las opiniones más relevantes en la materia, y a partir del análisis de aquellas, contestaré si corresponde que los delitos tributarios deben ser considerados delitos precedentes de legitimación de los activos.

⁴⁰ Zenón A. Biagosch (2012), “El GAFI, tras la Evasión Fiscal”, FidesNet.

i) El caso argentino

En Argentina, el delito de *lavado de activos* se encuentra tipificado en el nuevo Título XIII del Código Penal, creado por el legislador en el año 2011 tras la sanción de la Ley 26.683. El bien jurídico tutelado es el *Orden Económico y Financiero*. Este flamante bien jurídico es indeterminado. Con esto quiero decir que es un bien inconmensurable, de imposible definición, que no permite determinar cuándo se ve realmente lesionado. En mi opinión, esta amplitud desmedida del bien jurídico escogido para justificar la represión del delito de lavado de activos está relacionada con su pluriofensividad⁴¹. Hay que recordar que, tras la sanción de la ley de estupefacientes 23737, el tipo penal de lavado de activos tuteló al bien jurídico *Salud Pública*. Más tarde, cuando la ley 25246 lo incluyó en el capítulo correspondiente a los tipos de encubrimientos, el bien jurídico tutelado fue la buena *Administración de Justicia*. Lo cierto es que la figura continúa evolucionando significativamente en sintonía con la política represora internacional.

Configura el delito de lavado de activos previsto en el art. 303 del CP, cualquier persona que de cualquier 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 trescientos mil pesos (\$ 300.000), sea en un solo acto o por la reiteración de hechos diversos vinculados entre sí. Además, si el valor de los bienes no superase la suma indicada, el inc. 4 del artículo mencionado prevé para ese caso una figura atenuada o base, según quien conteste.

Si bien en nuestro país no se cuenta con una norma que amplíe expresamente el objeto del delito para el caso del delito tributario, como sí ocurre en algunos países europeos, lo cierto es que, como ya se mencionó, el criterio aquí implementado establece que cualquier delito puede ser precedente de lavado de activos. Ello permite concluir razonablemente que los delitos tributarios no tienen por qué tener un trato diferenciado al respecto.

Pese a ello, al referirnos puntualmente al delito de evasión fiscal la situación parece ya no ser tan absoluta, al menos para buena parte de la doctrina. Es que, lo que aquí corresponde preguntarse es, tal cual lo hace el profesor *Fernando Córdoba*, "*Sí el dinero que el evasor deja de pagar al Fisco, puede ser considerado un bien que proviene de la comisión de ese delito.*".

Esto quiere decir que la polémica no pasa por si el delito de evasión integra o no la categoría de delitos precedentes, sino, al igual que lo expresa *Córdoba*, citando a *Chiara Díaz y Folco*, que lo que realmente se discute es la interpretación que debe darse a la letra del tipo de lavado en cuanto exige que el bien sea "proveniente" de un ilícito penal⁴².

Es importante volver a destacar que los montos ya no son un factor relevante para la configuración del tipo, ya que el art. 303 inc. 4 del Código Penal (incorporado tras la sanción de la Ley 26.683) no prevé un monto mínimo para su conformación. Además, otra modificación

⁴¹ Roberto Durrieu (h.), "El bien jurídico protegido en el delito de lavado de dinero", Pp. 1/28.

⁴² Fernando J. Córdoba (2019), "Delito de lavado de dinero", Editorial Hammurabi, 4ta reimpresión, Pp. 180/187.

que introdujo la mencionada ley fue la eliminación de la cláusula de exclusión del partícipe del delito precedente, habilitando a perseguir y punir el llamado “*autolavado*”. Todo este contexto incrementa aún más la controversia en torno a la categorización de la evasión tributaria como delito precedente.

Por otro lado, la figura de *evasión simple*, prevista en el art. 1 de la Ley 24.769, requiere para su configuración que el monto objeto del delito sea superior a cuatrocientos mil pesos (\$400.000) por cada tributo y por cada ejercicio anual, aun cuando se tratara de un tributo instantáneo o de período fiscal inferior a un año.

En este punto del análisis, corresponde preguntarse si el monto mínimo que prevé la figura de evasión simple es una condición objetiva de punibilidad o un elemento del tipo objetivo. En caso de entender que la suma de \$400.000 pesos es una condición objetiva de punibilidad, significaría que el hecho de alcanzar dicho monto no hace a la ilicitud de la conducta -que ya estaría configurada-, sino que simplemente la hace punible. Por ende, ante un tipo de lavado que no exige ningún mínimo para su configuración; que promueve la persecución del autolavado; y que contempla que cualquier delito pueda ser hecho previo de aquel, resultaría en un panorama en el que cualquier evasión tributaria, independientemente del monto, pueda dar paso a una imputación por lavado de activos.

Esta situación jurídica podría afectar los principios de proporcionalidad, razonabilidad y *Ne bis in idem*, entre otros.

ii) Análisis jurisprudencial y doctrinario en el derecho comparado⁴³

(1) Francia

El artículo 324-1 del Código Penal Francés contiene la figura del delito de lavado de activos. Básicamente, constituye que habrá lavado cuando exista facilitación, por cualquier medio, a la justificación falsa del origen de los bienes o de los ingresos del autor de un crimen o de un delito, que les haya generado un beneficio directo o indirecto. Al igual que en Argentina, en Francia cualquier delito puede ser precedente de blanqueo de capitales.

En lo atinente a la cuestión planteada, la Sala en lo Penal del Tribunal Supremo Francés dictó un fallo del año 2008, en el que no sólo sentó por primera vez su postura favorable respecto al autoblanqueo, sino que además, consideró que el delito de blanqueo de capitales es general, distinto y autónomo, por lo que no requiere que se acredite el delito fiscal mediante una sentencia condenatoria para configurar el hecho previo, pese a lo establecido en el Código de Procedimientos Fiscales de ese país.

⁴³ Isidoro Blanco Cordero (2011), “El Delito Fiscal como Actividad Delictiva Previa del Blanqueo de Capitales”, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, Pp. 7/14.

(2) Bélgica

En octubre del año 2003, el tribunal supremo belga, confirmó que el impago de impuestos genera ventaja patrimonial de carácter delictivo idóneo para constituir el hecho previo de lavado de activos. Este decisorio generó una gran incertidumbre por no haber estado en concordancia con lo establecido con la ley de blanqueo que en 1993 se sancionó en dicho país. En ella surgía que, de los delitos tributarios, procedería como hecho previo el “fraude fiscal grave y organizado que utilice mecanismos complejos o con una dimensión internacional”.

Así fue como, con el fin de salvaguardar la seguridad jurídica, el 10 de mayo del año 2007, se sancionó una ley que modificó el artículo relativo al lavado de activos, e incorporó expresamente que el fraude fiscal grave y organizado es hecho previo. Sin embargo, también se introdujo la prohibición legal de proceder penalmente cuando se trate de blanqueo de bienes obtenidos del fraude fiscal ordinario.

(3) Alemania

En Alemania se castiga el lavado de activos procedentes de un delito fiscal. Para sostener esta postura se fundamenta que las ganancias producto de la criminalidad organizada normalmente no son tributadas. De esta manera, al incrementar las ganancias de estas organizaciones, el fraude fiscal configura una pieza más para lograr imputaciones en el combate contra la criminalidad organizada.

Hasta marzo de 2021, el autor del delito previo estaba expresamente excluido del círculo de posibles sujetos activos del delito de blanqueo de capitales, es decir, que el tipo de lavado contenía una cláusula que excluye al partícipe del delito precedente. (Dicha cláusula existía en nuestro ordenamiento jurídico hasta la derogación del art. 278 del C.P. en el año 2011). Sin embargo, a partir de la fecha mencionada, entró en vigor una ley que reformó el artículo en cuestión y, ahora, quien es punible por la participación en el delito previo, podrá ser castigado si pone el objeto en circulación ocultando su origen ilícito.

iii) Algunas observaciones

Es notable que previo a la recomendación del GAFI del año 2012, en múltiples países esta discusión ya estaba dada, incluso en algunos casos, el máximo tribunal ya se había expresado de forma favorable. El delito fiscal puede ser delito previo del blanqueo de capitales. Sin embargo, pareciera que el problema siempre está en el mismo lugar.

¿Entra la evasión simple dentro de esta misma categoría de delitos fiscales que pueden ser precedentes del delito de lavado? ¿Cuál es la importancia de la cláusula de exclusión del partícipe del delito precedente en estos casos?

La cláusula de exclusión permite la persecución del delito de lavado de activos cuyo hecho previo sea una evasión tributaria y, al mismo tiempo, protege la seguridad jurídica y las garantías penales fundamentales de todo estado de derecho. La protección de la prohibición de

una *doble persecución* por un mismo hecho permite que al evadir impuestos no se configuren dos hechos diferentes y de semejante magnitud.

Considero que, tanto el modelo de Bélgica que deja a un lado los delitos fiscales ordinarios, como la cláusula de exclusión del partícipe del delito precedente para el caso de los delitos fiscales, son los más respetuosos de un ordenamiento jurídico digno de un estado de derecho. Esto demuestra que no existe una verdad única para solucionar los problemas jurídicos generados por los avances de la criminalidad organizada transnacional y que el combate puede ser homogéneo sin ser idéntico.

iv) Toma de postura

Opino que el dinero que el evasor deja de pagar al fisco, es el objeto del delito de evasión tributaria, más no proviene de él. Por ello, coincido con *Fernando Córdoba* en cuanto concluye que no es posible por ello cometer lavado sobre esos bienes por su condición de dinero evadido⁴⁴.

Ahora bien, es claro que los fraudes tributarios graves, en los que exista un ardid complejo y organizado, debe entenderse que dicha ganancia proviene de un delito y por ende debe configurar delito suficiente de ser entendido como hecho previo del delito de lavado de activos. En ese sentido considero que es el modelo belga el que más se adecúa a mi pensamiento y que al mismo tiempo resulta coherente y respetuoso de los principios y garantías en pugna.

De todos modos, me permito una última apreciación antes de dar por finalizado el presente trabajo, y es que en mi opinión deberían enfocarse los esfuerzos en la persecución del lavado de activos dirigido a combatir a las organizaciones criminales. Como anticipé en la introducción, la persecución por lavado de las ganancias producto de la evasión no persigue la misma finalidad que se había propuesto en las convenciones antidrogas y anti crimen organizado transnacional, salvo en el modelo funcionalista alemán en donde encontraron fundamento de la evasión como hecho previo para el combate de estas organizaciones. Esto lleva a cuestionarse respecto a la vinculación que pudiera existir entre la recomendación realizada en 2012 por el GAFI y los objetivos que le fueron asignados en el año 1989 cuando fue creada en el quinto congreso económico del G7 realizado en París. Considero que puede tratarse de un exceso por parte del Grupo de Acción Financiera Internacional. Debe haber mucha cautela y cuidado cuando se legisla internacionalmente en materia penal, especialmente porque, como hemos visto, no en todos los países se recepta de la misma manera y tampoco es posible su aplicación en todos los Estados, en virtud de los principios constitucionales que corresponden a cada uno.

⁴⁴ Fernando J. Córdoba (2019), "Delito de lavado de dinero", Editorial Hammurabi, 4ta reimpresión, Pp. 191/195.

b) La prueba del delito precedente

i) Planteo del problema y método de abordaje

Uno de los aspectos de mayor importancia de la descripción típica de un delito, radica en que, para realizar cualquier imputación, se debe demostrar la concurrencia de los elementos que de ella deriven. Estos elementos se dividen en objetivos y subjetivos.

En los delitos dolosos, los elementos objetivos son aquellos que corresponden a la acción externa del autor, la relación causal y los sujetos. En cambio, los elementos subjetivos, antiguamente tratados en el análisis de la culpabilidad, están vinculados con la relación interna del autor con su hecho.

Tal como mencioné recientemente, el tipo penal de lavado de activos ha ido evolucionando a lo largo de las décadas, sin embargo, uno de sus elementos objetivos que se mantuvo a pesar de las reformas, con algunas diferencias, es el de "*Delito previo*". Este elemento exige la existencia de un ilícito penal anterior a las operaciones de lavado de activos que sea la génesis de los activos sucios, es decir, de procedencia ilícita, y por lo tanto, no declarado.

En ese sentido, corresponde preguntarse: ¿Cuándo es posible afirmar la concurrencia de este elemento? ¿Es necesario una condena penal que así lo declare? ¿Es suficiente con un criterio de semiplena prueba en el proceso que investiga el ilícito penal precedente? ¿Es posible una investigación por lavado de activos indiferente del proceso correspondiente al delito previo?

Según explica *Larry Laudan* en los primeros párrafos de su obra "*Verdad, error y proceso penal*", existen tres valores básicos que encauzan un sistema penal: en primer lugar, la obtención de la verdad (es decir, evitar pronunciar veredictos falsos mediante la reducción de la probabilidad de error); en segundo lugar, el reconocimiento de que, sin importar cuánto se intente, el error ocurrirá tarde o temprano, motivo por el cual será fundamental contestar la pregunta de ¿qué error queremos evitar más? ¿Condenas de inocentes o absolución de culpables?; y, por último, los *valores de política pública, no epistémicos* (el uso eficiente de recursos, la protección de derechos del acusado y otros bienes sociales como el matrimonio y las buenas relaciones sociales con otras naciones)⁴⁵.

El concepto de error al que refiere Laudan, está ligado íntimamente a la obtención de la verdad. Concibe dos tipos de errores principales: Condenar a un inocente (falso hallazgo inculpatorio) o absolver a una persona culpable (falso hallazgo exculpatorio)⁴⁶.

Contestaré los interrogantes planteados sobre la base de la premisa que indica que el fin último de cualquier sistema penal consiste en la búsqueda de la verdad, y únicamente en ello. Por lo tanto: ¿Cuál es el estándar de prueba que corresponde aplicar al elemento objetivo "*Delito previo*" del tipo penal de lavado de activos si nuestra única meta es hallar la verdad?

En ese sentido, si llegara a la conclusión de que la existencia de una condena penal respecto del delito precedente es beneficioso para hallar la verdad, esa deberá ser mi conclusión.

⁴⁵ LAUDAN, Larry (2013), "Verdad, Error y Proceso Penal", Marcial Pons, Madrid, Pp. 21/23.

⁴⁶ LAUDAN, Larry, ob. citada, P. 34.

Por el contrario, si mi análisis me llevara a concluir que alguna de las posturas planteadas no hace más que obstaculizar dicha búsqueda, aquella debe ser descartada inmediatamente.

ii) Análisis de las tres posiciones dominantes

Según explica el *Prof. Blanco Cordero*, el blanqueo de capitales consiste en desaparecer las huellas del origen sucio del dinero, utilizándolo en operaciones económicas lícitas para dotarlo de apariencia de legalidad⁴⁷.

“Sucio” es un término utilizado para referir que los activos provienen de una fuente ilícita. Este concepto debe distinguirse del de “dinero negro”, que es el dinero no declarado al fisco, pero que puede provenir de una fuente lícita. Tanto los términos “lavado” o “blanqueo” hacen referencia a esta apariencia de “no sucio” que se le da a los activos obtenidos efectivamente de una fuente ilegal.

De la definición del delito, surge con claridad que la existencia de un delito previo, originante de ganancias económicas, resulta imperiosa para la concurrencia de una conducta de lavado de activos. Es la propia descripción del delito la que exige, irremediamente, que los activos objeto de maniobras de lavado, deben provenir de un “*ilícito penal*”.

Sentado cuanto precede, la relevancia absoluta que tiene el hecho previo para una imputación de lavado de activos es evidente. Sin embargo, hay un punto de esta cuestión que no surge de la letra del tipo ni de la definición del delito y que ha generado importantes debates al respecto: ¿Hasta qué punto debe probarse el delito previo para considerar que tal elemento se encuentra reunido?

Existen tres posturas posibles en relación con este planteo. Por un lado, la de quienes sostienen la necesidad de una condena previa o simultánea para que pueda juzgarse el delito de lavado de activos. Una segunda postura indica que sería suficiente la presencia de semiplena prueba (como la necesaria para obtener un procesamiento) en el proceso que se sigue por el delito previo para juzgar el consiguiente lavado de activos. Por último, la postura menos restrictiva y, por lo tanto, más amplia, es la que siguen aquellos que argumentan que el delito de lavado de activos debe ser investigado independientemente del ilícito penal precedente⁴⁸.

La primera de ellas, postula que es imperiosa la existencia de una condena firme del delito previo. Esta puede producirse antes o simultáneamente a la condena por lavado de activos. Afirma *Durrieu Figueroa*, que esta alternativa no es contemplada por nuestro ordenamiento interno, como así tampoco por los instrumentos de *Soft-Law*. Si bien prácticamente nadie sostiene esta postura, algunos consideran que una condena del delito previo puede llegar a representar la mejor y más clara evidencia para la condena de lavado de activos.

⁴⁷ BLANCO CORDERO, Isidoro (1997), “Criminalidad Organizada y Mercados Ilegales”, Revista Eguzkilore, España, Pp. 219/220.

⁴⁸ Lavado de dinero / DURRIEU FIGUEROA, Roberto, "El delito de lavado de dinero y su difícil prueba"; dirigido por Daniel R. Pastor; Juan Pablo Alonso, 1° Ed., Ad Hoc, Buenos Aires, 2018.

Este punto de vista exige demostrar numerosos aspectos puntuales del delito previo para poder juzgar el lavado de activos. Conforme al estándar de prueba imperante, una condena penal sólo puede tener lugar al probarse todos sus elementos *más allá de toda duda razonable*⁴⁹.

En términos de Larry Laudan, los sistemas penales están dirigidos a obtener la verdad, sin embargo, no es el único objetivo que persigue. Como ya dijimos, dentro de los valores de política pública, no epistémicos, se encuentra la protección de los derechos del acusado. Ciertas garantías que limitan las facultades punitivas del Estado con el fin de proteger al acusado, como la presunción de inocencia, obstaculizan el hallazgo de la verdad.

De modo tal que hacer depender una condena penal al resultado de un primer proceso, duplica los obstáculos. Esta posición, sin lugar a duda, disminuirá sustancialmente la producción de condenas de inocentes. Sin embargo, vendrá necesariamente acompañado de una mayor cantidad de absoluciones de culpables. Toda vez que la búsqueda de la verdad consiste en evitar pronunciamientos falsos (tanto de un lado como del otro), nos encontramos frente a una idea que no reduce el error, sino que lo distribuye hacia un lado de la balanza.

La segunda postura (o posición intermedia) está guiada por el principio de accesoriedad limitada, según el cual, el concepto de ilícito penal incluido en el tipo de lavado de activos es un elemento accesorio y limitado del delito de lavado de activos. Por lo tanto, no es necesario cumplir con la definición completa del delito previo para poder condenar por lavado de activos.

Según algunos autores, el delito de lavado de activos requiere la presencia de una conducta anterior, típica y antijurídica que origine los activos sucios, sin que sea necesario que tal comportamiento previo sea culpable o punible, ya que al tipo penal de lavado de activos le basta la presencia de un injusto penal que dé origen a los bienes⁵⁰.

Sin embargo, persiste la necesidad de identificar la calificación (es decir, si se trata de un delito de trata de personas o de narcotráfico, por ejemplo) y el nexo causal entre los bienes lavados y el delito previo. Consecuentemente, siguiendo esta postura, es posible condenar por lavado aun desconociendo los autores del delito previo como así también ciertos elementos objetivos y subjetivos del delito de que se trate⁵¹.

Ahora bien, la mera necesidad de acreditar cuál es la calificación y el nexo entre los bienes y este primer delito sigue tergiversando la investigación del delito de lavado de activos. Si estuviéramos hablando del delito de encubrimiento, la demostración de los elementos del delito previo sería completamente exigible, sin embargo, el delito de lavado de activos es pluriofensivo. Con esto quiero decir que el tipo de lavado busca proteger una serie de bienes jurídicos tales como la correcta administración de justicia, el bien jurídico protegido por el tipo penal del delito precedente y el orden económico y financiero. Si estamos de acuerdo que lavado de activos es

⁴⁹ DURRIEU FIGUEROA, Roberto, ob. citada, Pp. 156/159.

⁵⁰ CASTELLUCCI, Mariano J. (2020), "El delito de lavado de activos de origen ilícito: Análisis de cuestiones problemáticas que giran en torno al delito", Revista Nueva Crítica Penal, Año 2, Número 2, Julio 2019 - enero 2020, Argentina.

⁵¹ DURRIEU FIGUEROA, Roberto, ob. citada, Pp. 159/161.

un delito autónomo que consiste en dar apariencia de licitud a activos sucios y que protege sus propios bienes jurídicos, ¿no sería suficiente con acreditar que ese dinero no tiene un origen lícito? La tercera posición abordará este último interrogante.

La última posición es aún más amplia que la intermedia. Según esta postura, únicamente es necesario demostrar que el origen de los bienes, *beyond a reasonable doubt*, no es lícito.

A lo largo de las reformas, esta concepción se ha ido fortaleciendo mediante cambios que afectaban a la prueba del delito previo de forma indirecta. Por ejemplo, la posibilidad de condenar por *autoblanqueo*⁵². Tras la eliminación de la cláusula de exclusión del partícipe del delito precedente, ya no es, al menos en este sentido, una traba para la investigación no poder determinar a los autores del hecho previo, ya que el imputado por lavado de dinero podría argumentar que, hasta en tanto no se demostrara quien o quienes eran los autores del ilícito penal precedente, no era posible presumir su inocencia en *malam partem*. Otra discusión que colaboró en este sentido fue si los delitos tributarios, tales como la evasión, pueden ser delito precedente del delito de lavado de activos. Justamente, si contestamos esta pregunta de forma positiva, no es argumentable por parte del imputado que ese dinero en realidad no es dinero sucio sino, simplemente dinero en negro, ya que aplicar ese dinero a operaciones de lavado de activos también configurará el tipo.

Otra disposición que genera un efecto similar es el inciso 5 del art. 303 del CP. En dicho artículo se establece lo siguiente: "*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*". Mientras la primera parte del inciso nos exime de probar que el delito previo fue cometido dentro de los límites de nuestro país, su última parte podría obligar al juez a demostrar diversos aspectos del delito previo, ya que, para poder condenar por lavado de activos, el delito precedente debe haber sido cometido dentro de un territorio donde ese comportamiento también estaba penado. Lo cual llevaría a tener que demostrar no solo el país de comisión, sino también la calificación de este a los fines de demostrar que tal conducta es ilegal en ese lugar.

Si omitimos lo referido en el último párrafo, pareciera que, si eliminamos el derecho del imputado a que su silencio no sea utilizado como una presunción en su contra, con solo demostrar que los bienes aplicados a una operación de lavado de activos no están "*en blanco*", sería suficiente para invertir la carga probatoria y con ello, eliminar una serie de obstáculos procesales en busca de la verdad material.

En este supuesto, alcanzaría con demostrar la existencia de una maniobra para poner en circulación en el mercado formal dinero no declarado, para poder invertir la carga probatoria

⁵² DURRIEU FIGUEROA, Roberto (2017), "La Ganancia Económica del Delito. Lavado de Dinero, Decomiso y Financiamiento del Crimen Organizado y del Terrorismo", 1º ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina, Marcial Pons, Pp. 333/362.

y, en caso de no lograr dar una respuesta que esclarezca su situación, tener por probada la existencia de activos ilícitos, y con ello, la operación de lavado.

iii) Toma de posición y conclusiones del capítulo

Al analizar la postura más restrictiva, llegamos a la conclusión de que hacer depender la condena de un delito autónomo a la suerte del resultado de dos procesos penales resulta altamente perjudicial para la obtención de la verdad debido a que los procesos se encuentran cargados de valores de política pública no epistémicos que desvían al sistema penal de su principal objetivo. Por lo tanto, se propuso dejar de lado la garantía de la presunción de inocencia a fin de poder distanciarse de la necesidad de una condena penal que acredite la comisión del delito previo.

Por otro lado, llegada la hora de desarrollar la segunda posición, nos encontramos frente a una alternativa más viable respecto a la primera ya que permitía omitir el requisito de una condena y con ello, exime al tribunal de acreditar múltiples elementos difíciles de probar del delito previo. Pese a ello, encontramos que podría haber una tercera alternativa que reduzca aún más el error sobre la base de la supresión mental de otro derecho del acusado que obstaculiza la búsqueda de la verdad. Me refiero al derecho del imputado a que su silencio no sea presumido en su contra.

La posición más amplia nos permite, sobre la base de la depuración de ciertos valores de política pública, no epistémicos, acercarnos a un modo de prueba mucho más simple y efectivo, ya que la demostración de la responsabilidad penal dependerá de una prueba de calidad que acredite pocos puntos en concreto, sin la necesidad de introducirse en una investigación paralela que implique dejar al descubierto una organización criminal, su zona de actividades ni la determinación de un hecho puntual con autores, lugar y tiempo de comisión, que no tienen relevancia en lo que hace al delito autónomo de lavado de activos.

Llegada esta etapa, corresponde hacer algunos comentarios. La postura más amplia que indica que tan solo es necesario acreditar que los activos no son de una fuente lícita, es la postura mayoritaria. Sin embargo, este acierto no es una consecuencia de que los doctrinarios apunten sus cañones al principal objetivo del sistema penal, sino más bien a otro valor de política pública, no epistémico.

Resulta que, en materia de lavado de activos, la política criminal de prevención y represión fue diseñada e impulsada desde órganos internacionales. Lo que aquí sucede es que los instrumentos de *soft law* tales como Las 40 Recomendaciones y La Convención de Varsovia, entre otros, sugieren a los países que no sea necesario una condena por el delito previo para la imposición de una condena por lavado de activos. En este sentido, cierta parte de la doctrina defiende esta inversión de la carga de prueba y debilitamiento de las garantías, pero no lo hacen bajo la premisa de la búsqueda de la verdad material, sino para conservar las buenas relaciones

con las demás naciones y, de ese modo, evitar sanciones que traerían severos problemas para una nación como la nuestra.

Una prueba de esto es la sanción de la ley 26.683. Antes de la reforma, Argentina había sacado las peores calificaciones en las evaluaciones mutuas y había ingresado en la lista gris del GAFI. Así fue como, entre otras cosas, se eliminó la cláusula de exclusión del partícipe del delito precedente.

Por lo tanto, en mi opinión, nos encontramos frente a un caso de error tipo dos (o error tipo beta) donde partiendo de una premisa equivocada, se llega a la respuesta correcta, en este caso, a la reducción del error.

5) Decomiso Penal como mecanismo de recuperación de activos

El decomiso es una figura jurídica que fue establecida originalmente en el art. 23 del Código Penal, como una pena accesoria, para limitar el derecho de propiedad en pos del interés público.

Si bien nuestro ordenamiento jurídico ya contemplaba la figura de decomiso, el Estado Argentino asumió, mediante la ratificación de convenciones internacionales, el deber de tomar todas las medidas necesarias para aplicar la figura de decomiso a todos los bienes o ganancias vinculados con el delito de lavado de activos, siempre y cuando ello fuera armonioso con el resto de nuestras normas.

A partir del surgimiento de estas nuevas formas de criminalidad, la figura del decomiso ingresó en una nueva dimensión tendiente a cubrir de forma integral variadas actividades criminales con la finalidad de privar de forma rápida y eficaz a los delincuentes económicos de los bienes, instrumentos, efectos o ganancias del delito. Según el *Prof. Ignacio Mahiques*, el decomiso es *“una acción dirigida a obtener los bienes de cualquier índole, derivados u obtenidos directa o indirectamente de la comisión de un delito y, por su propia naturaleza, constituye una pieza central para reducir no solamente la criminalidad organizada sino toda una gama de delitos que se cometen con fines de lucro”*⁵³. En ese contexto, el *Prof. Carlos Reynaga* afirma que *“El norte (del decomiso), sin duda, debe ser el recupero de bienes de la criminalidad organizada”*⁵⁴.

Fue así como, en el año 2011, se incorporó al Código Penal una forma especial de decomiso para los casos de lavados de activos en los que, al no poder arribar a una sentencia condenatoria por la ausencia del imputado u otras razones procesales, pero encontrándose probado el hecho, podría proceder el decomiso de los bienes sin la necesidad de mediar condena.

Más adelante nos referiremos a la convivencia entre el llamado *“decomiso sin condena”* y las restantes disposiciones de nuestro ordenamiento jurídico, sin embargo, toda vez que este cambio de paradigma tuvo su origen a nivel internacional, entiendo que corresponde abordar dicho tema en primer lugar.

a) Instrumentos internacionales en materia de decomiso

Como ya se mencionó en capítulos anteriores, en lo que hace a la prevención de delitos complejos y las herramientas procesales de combate, existe un fuerte consenso en cuanto a que se trata de una problemática de imposible solución para cualquier país en particular, y que, en ese sentido, es necesario que se homogenice la legislación casi en términos absolutos.

⁵³ MAHIQUES, Ignacio, “La neutralización de las ventajas económicas del delito como estrategia de lucha contra la criminalidad organizada”, *Revista de Derecho Penal*, noviembre de 2014.

⁵⁴ REYNAGA, Juan Carlos (2019), “Decomiso y extinción de dominio”, 1º ed, Córdoba, Alveroni Ediciones, Pp. 20/21.

Sin embargo, el proceso de integración mundial no es un programa que encontrará una adhesión rotunda de la noche a la mañana. Al igual que en los casos de la *Convención de Viena*, la *Convención de Palermo* y las *Cuarenta Recomendaciones*, los avances regionales en esta materia han tenido un impacto significativo en nuestra legislación punitiva.

Cómo las convenciones enunciadas en el párrafo anterior no son las únicas que versan sobre “decomiso”, a continuación, enunciaré algunas otras junto con sus principales disposiciones, las cuales podrían resultar muy ilustrativas para entender que la integración ya se encuentra entre nosotros.

El *Convenio Europeo sobre Blanqueo, Detección, Embargo y Confiscación de los Productos de un Delito* (mejor conocido como *Convenio de Estrasburgo*), utiliza el término “*Confiscación*”, y lo define como “*una pena o medida, ordenada por un tribunal tras un procedimiento judicial relacionado con un delito o delitos, que finaliza con la privación de la propiedad*”. Cómo podemos observar, deja abierta la posibilidad de entenderla tanto como una pena o como una medida. Es más, al momento de referirse a la autoridad competente para el dictado de esta pena o medida, se limita a esbozar el término “Tribunal”, sin mencionar si el mismo debe ser penal o no⁵⁵.

La *Convención Interamericana contra la Corrupción*, habla tanto de confiscación como de decomiso de bienes obtenidos o derivados de la comisión de los delitos tipificados de conformidad con la presente Convención, de los bienes utilizados en dicha comisión o del producto de dichos bienes. Además, en ningún momento habla de la necesidad de una condena penal, limitándose a expresar el término “*sentencia de decomiso*”. Por último, es interesante destacar la definición que esta convención da sobre el concepto de “bienes”: “*activos de cualquier tipo, muebles o inmuebles, tangibles o intangibles, y los documentos o instrumentos legales que acrediten, intenten probar o se refieran a la propiedad u otros derechos sobre dichos activos*”.⁵⁶

La *Convención sobre la lucha contra el Cohecho de Funcionarios Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales* establece que los Estados Parte deben comprometerse al “*secuestro y confiscación*” de los cohechos o productos del mencionado delito. También deja abierta una puerta al mencionar que “*Cada Parte estudiará la imposición de sanciones civiles o administrativas adicionales a una persona pasible de sanciones por el cohecho de un funcionario público extranjero*”⁵⁷.

La *Convención de las Naciones Unidas para la Represión de la Financiación del Terrorismo* habla de “*sanciones penales, civiles o administrativas eficaces*”. Más adelante, se intima a los Estados Parte a adoptar “*las medidas que resulten necesarias, de conformidad con sus principios jurídicos internos, para la identificación, la detección y el aseguramiento o la*

⁵⁵ Art. 1, inc. D del Convenio de Estrasburgo.

⁵⁶ Art. XV de la Convención Interamericana contra la Corrupción.

⁵⁷ Art. 3, incs. 3 y 4 de la Convención sobre la lucha contra el Cohecho de Funcionarios Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales, firmado en Francia en el año 2000.

incautación de todos los fondos utilizados o asignados para cometer los delitos indicados en el artículo 2, así como el producto obtenido de esos delitos, a los efectos de su posible decomiso". Finalmente, los Estados Parte deberán tomar *"las medidas que resulten necesarias para el decomiso"*⁵⁸.

La *Convención Interamericana contra el Terrorismo* reza textualmente que *"Cada Estado Parte, de conformidad con los procedimientos establecidos en su legislación interna, adoptará las medidas necesarias para identificar, congelar, embargar y, en su caso, proceder al decomiso de los fondos u otros bienes que constituyan el producto de la comisión o tengan como propósito financiar o hayan facilitado o financiado la comisión de cualquiera de los delitos establecidos en los instrumentos internacionales enumerados en el artículo 2 de esta Convención"*⁵⁹.

La *Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción* comienza definiendo el concepto de decomiso como *"la privación con carácter definitivo de bienes por orden de un tribunal u otra autoridad competente"*. También define "bienes" como *"los activos de cualquier tipo, corporales o incorporales, muebles o inmuebles, tangibles o intangibles y los documentos o instrumentos legales que acrediten la propiedad u otros derechos sobre dichos activos"*. Continúa exigiendo a los Estados que tomen *"las medidas que sean necesarias para autorizar el decomiso"* en el mayor grado en que lo permita su ordenamiento jurídico interno. Finalmente, recomiendan a los Estados considerar *"la posibilidad de adoptar las medidas que sean necesarias para permitir el decomiso de esos bienes sin que medie una condena, en casos en que el delincuente no pueda ser enjuiciado por motivo de fallecimiento, fuga o ausencia, o en otros casos apropiados"*⁶⁰. Es una medida que no apareja derecho a indemnización para el titular de la cosa decomisada y que puede afectar tanto a una persona física como jurídica.

A continuación, describiré brevemente cómo se llevan adelante estos esfuerzos a nivel regional, poniendo la lupa especialmente en los modelos de la Unión Europea y del Mercosur.

i) Unión Europea

En la Unión Europea, el decomiso de los productos del delito es considerado desde hace tiempo como una de las herramientas más eficaces de lucha contra la delincuencia organizada, ya que ataca el principal factor de la existencia de estas, la maximización del beneficio por medios ilícitos.

En este ámbito, existen varios instrumentos que promueven el decomiso de los productos del delito. El de mayor trascendencia es el ya mencionado Convenio de Estrasburgo de 1990⁶¹, que fue ratificado por los 27 Estados miembros de la Unión Europea. Busca promover

⁵⁸ Arts. 5 y 8 de la Convención de las Naciones Unidas para la represión de la financiación del Terrorismo.

⁵⁹ Art. 5, inc. 1 de la Convención Interamericana contra el Terrorismo.

⁶⁰ Art. 54, inc. 1 C. de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción.

⁶¹ Convention on Laundering, Search, Seizure and Confiscation of the Proceeds from Crime.

la cooperación internacional en materia de identificación, seguimiento, embargo y decomiso de los bienes delictivos. Además, fue actualizado por el Segundo Convenio de Estrasburgo del año 2005⁶².

En el último tiempo surgieron varios instrumentos legislativos tendientes a garantizar un planteamiento en común para la UE. En la actualidad, la Unión Europea se centra en la correcta aplicación de estos instrumentos en los ámbitos locales.

Así, en el año 2001 se adoptó la decisión marco sobre embargo y decomiso de los productos del delito. La finalidad perseguida era la de garantizar un planteamiento mínimo común de los estados miembros en relación con los delitos a los que debe aplicarse el decomiso. De ese modo, se adoptó una “regla general” que establecía que si un delito se castiga con una pena privativa de libertad de duración máxima superior a un año, la legislación interna debe permitir el decomiso de los productos de ese delito⁶³.

Poco tiempo después, más precisamente en el año 2005, se llevó adelante una segunda decisión marco, pero esta vez relativa únicamente al decomiso de los productos, instrumentos y bienes relacionados con el delito. El fin de esta nueva decisión no era otra que la de seguir aproximando la legislación de los estados miembros en materia de decomiso⁶⁴.

Al año siguiente se tomó una tercera decisión marco de gran relevancia que está relacionada con el reconocimiento mutuo de resoluciones de decomiso dentro de la Unión Europea, con la salvedad de darse el caso que el delito en el que se basa la solicitud no constituya un delito con arreglo a la legislación del Estado requerido. Para fomentar estas disposiciones se optó por establecer que el valor de los bienes decomisados se repartirá por igual entre el Estado en el que se dicte y el Estado en el que se ejecute la resolución⁶⁵.

Asimismo, en el año 2007 continuó fortaleciéndose la idea de combate homogéneo mediante la decisión del Consejo sobre cooperación entre organismos de recuperación de activos de los estados miembros en el ámbito del seguimiento e identificación de productos del delito o de otros bienes relacionados con el delito. Esto obliga a los Estados miembros a establecer organismos de recuperación de activos para facilitar la cooperación y el intercambio de información en el ámbito⁶⁶.

Finalmente, en el año 2014 se sancionó una directiva relativa al decomiso en la Unión Europea con la finalidad de simplificar ciertas normas y cubrir algunos vacíos legales que estaban

⁶² Council of Europe Convention on Laundering, Search, Seizure and Confiscation of the Proceeds from Crime and on the Financing of Terrorism.

⁶³ Decisión Marco del Consejo del 26 de junio de 2001, relativa al blanqueo de capitales, la identificación, seguimiento, embargo, incautación y decomiso de los instrumentos y productos del delito.

⁶⁴ Decisión Marco 2005/212/JAI del Consejo del 24 de febrero de 2005, relativa al decomiso de los productos, instrumentos y bienes relacionados con el delito.

⁶⁵ Decisión Marco 2006/783/JAI del Consejo del 6 de octubre de 2006, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de resoluciones de decomiso.

⁶⁶ Decisión 2007/845/JAI del Consejo del 6 de diciembre de 2007 sobre cooperación entre organismos de recuperación de activos de los estados miembros en el ámbito del seguimiento y la identificación de productos del delito o de otros bienes relacionados con el delito.

siendo aprovechados por los grupos delictivos. Además, se buscó reforzar la competencia de los Estados de la Unión Europea para decomisar los bienes transferidos a terceros, lo cual facilita el decomiso de los bienes delictivos, incluso en los casos de fuga del sospechoso. Todo esto permitiría que las autoridades competentes puedan embargar temporalmente bienes que podrían desaparecer de no tomarse medidas.

ii) Mercosur

No será una sorpresa para el lector que el Mercosur se encuentre varios escalones por detrás de la Unión Europea. Pese a ello, es importante resaltar el "Acuerdo Marco para la disposición de bienes decomisados de la delincuencia organizada transnacional en el MERCOSUR" del 17 de diciembre del año 2018⁶⁷.

El objetivo principal de este acuerdo fue el de crear entre los Estados Parte un marco jurídico apropiado para repartir los bienes decomisados de la delincuencia organizada transnacional. Para ello se determinó que la cooperación interestatal es prioritaria para lograr el recupero de los activos. También se establecieron una serie de definiciones comunes para todos los tratantes.

En ese sentido, se definió que deberá entenderse por "Bienes" a "*los activos de cualquier tipo, muebles o inmuebles, tangibles o intangibles y los documentos o instrumentos legales que acrediten la propiedad u otros derechos sobre dichos activos*". Se estableció, una distinción entre "*Producto del delito*" (bienes derivados u obtenidos, directa o indirectamente, de la comisión de un delito) e "*Instrumento del delito*" (activos y medios utilizados o que se pretendan utilizar para la comisión del delito). Además, define a la Delincuencia Organizada Transnacional como "*cualquier clase de estructura formal o informal integrada por tres o más personas asociadas con el propósito de cometer delitos, de manera sistemática y permanente por un período definido o indefinido que afecte a dos o más Estados*" y al Decomiso como "*la privación de la propiedad con carácter definitivo sobre algún bien vinculado a la comisión de un delito por decisión de un Tribunal o Autoridad Competente*". Esta figura tiene como objetivo la protección de bienes jurídicos como la salud y la seguridad pública cuando se aplica sobre objetos peligrosos, sin embargo, y sobre esto se hará mayor hincapié, también es destinada a recuperar activos obtenidos o utilizados en la comisión de hechos ilícitos.

b) Las distintas formas de decomiso en el Código Penal Argentino

i) Figura genérica

El art. 23 del Código Penal establece que el decomiso se implementará sobre las cosas que han servido para cometer el hecho y de las cosas o ganancias que son producto o provecho del delito en todos los casos en que recayese condena.

⁶⁷ "Acuerdo Marco para la disposición de bienes decomisados de la delincuencia organizada transnacional en el MERCOSUR" del 17 de diciembre del año 2018.

Si el bien decomisado tuviere valor de uso o cultural para algún establecimiento oficial o de bien público, la autoridad nacional, provincial o municipal respectiva podrá disponer su entrega a esas entidades. Además, en caso de tener valor comercial se dispondrá su enajenación, en cambio, de no tenerlo, se dispondrá su destrucción. Por último, prevé un régimen especial para los casos de condena impuesta por alguno de los delitos establecidos en los artículos 125, 125 bis, 127, 140, 142 bis, 145 bis, 145 ter y 170 del Código Penal en los que los bienes decomisados y el monto de las multas será destinado a programas de asistencia a la víctima.

Todo reclamo o litigio sobre el origen, naturaleza o propiedad de los bienes deberá ser realizado por intermedio de una acción administrativa o civil de restitución. En caso de haber sido subastado, únicamente podrá reclamar su valor monetario. Lo dicho en este último párrafo es común a lo que se desprende de la figura especial.

ii) Figura especial

El art. 305 fue incorporado al Código Penal por medio de la Ley de Lavado de Activos y Financiamiento del Terrorismo (26.683). Contempla una figura especial de decomiso respecto de la que surge del art. 23 del mismo cuerpo legal.

En primer lugar, es importante destacar que las medidas cautelares destinadas a asegurar la custodia, administración, conservación, ejecución y disposición de los bienes a los que refiere el art. 305, únicamente aplican para aquellos que sean instrumentos, producto, provecho o efectos relacionados con los tipos del Título XIII del Código Penal (Arts. 303 y 304 del C.P.). Por lo que se puede asumir que dicha forma especial de decomiso no será de aplicación para los restantes casos del Código Penal y leyes especiales.

En ese sentido, el Art. 305 del Código Penal establece que los bienes vinculados con operaciones de lavado de activos serán decomisados "*sin necesidad de condena penal*" cuando se hubiere podido comprobar la ilicitud de su origen, o del hecho material al que estuvieren vinculados y el imputado no pueda 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. Antiguamente, el art. 23 preveía el mismo régimen para los delitos previstos en los arts. 213 ter y quater (también incorporado por la ley 26.683), pero la cláusula quedó sin efecto tras la derogación de tales delitos.

De proceder el decomiso, los activos serán destinados a reparar el daño causado a la sociedad, a las víctimas en particular o al Estado, y aclara "*Sólo con esas finalidades podrá darse a los bienes un destino específico*".

Es importante hacer una aclaración. El art. 305 no autoriza el decomiso sin condena bajo cualquier circunstancia en la que se investigue una operación de lavado de dinero, sino que únicamente en aquellas en las que el imputado no pudiera ser enjuiciado por los motivos ya mencionados y exige para ello la comprobación de la ilicitud. Tal decisión debe ser plasmada en una resolución fundada.

Se trata de un caso especial en el que, de darse los institutos de Derecho Procesal Penal que dan como resultado la extinción o suspensión de la acción penal (suspensión en caso de incapacidad de estar en juicio, prescripción, rebeldía, etc.), el Estado no pierde el derecho de recuperar los activos mediante resolución fundada en la comprobación del delito. No es posible afirmar que el estándar probatorio será menor para el decomiso sin condena en investigaciones de lavado de dinero con respecto a la otra figura.

Es importante remarcar que, en el mes de febrero de 2019, fue publicado en el boletín oficial la sanción de la ley 27.063 que incorporaba a nuestro sistema un nuevo *Código Procesal Penal Federal*. En su art. 310 se establece las pautas a seguir a la hora de aplicar el decomiso. En lo atinente a esta parte del trabajo, en sus párrafos 11, 12 y 13 se establece lo siguiente: “*En aquellos procesos en los que se investigue la comisión de los delitos previstos en los artículos 5° inciso c), 6° primer y tercer párrafo y 7° de la Ley N° 23.737, y los artículos 145 bis y 145 ter y Título XIII del Libro Segundo del Código Penal, cuando existieren indicios vehementes y suficientes de que las cosas o ganancias a las que se alude en el presente artículo son fuente o provienen de objeto ilícito o han servido para cometer el hecho, el juez interviniente ordenará, a pedido del representante del MINISTERIO PÚBLICO FISCAL, su decomiso por auto fundado, aún antes del dictado de sentencia.*”

En los casos previstos en el párrafo precedente, se promoverá el correspondiente incidente a fin de salvaguardar derechos de terceros ajenos al hecho delictivo. Una ley especial determinará el procedimiento que regirá el incidente y las adecuaciones normativas que resulten necesarias.

El reclamo o litigio sobre el origen, naturaleza o propiedad de las cosas se realizará por medio de una acción administrativa o civil de restitución. Si la cosa hubiere sido subastada, sólo se podrá reclamar su valor monetario.”

c) Bienes pasibles de decomiso

Según el *Prof. Roberto Durrieu Figueroa*, la definición de la palabra “bienes”, se refiere a los fondos de origen delictivo. Esta debe ser lo suficientemente amplia para abarcar cualquier objeto, activo o valor económico, materiales e inmateriales, sea dinero, o cualquier otro tipo de bien o derecho⁶⁸.

Conforme surge de la letra del artículo 23 del Código Penal, los bienes decomisables son “*las cosas que han servido para cometer el hecho y de las cosas o ganancias que son producto o el provecho del delito*”.

Por otro lado, según se desprende del artículo 305 del Código Penal, son decomisables “*los bienes que sean instrumentos, producto, provecho o efectos*” relacionados con el delito de lavado de activos.

⁶⁸ DURRIEU FIGUEROA, Roberto (2017), “La Ganancia Económica del Delito. Lavado de Dinero, Decomiso y Financiamiento del Crimen Organizado y del Terrorismo”, 1º ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina, Marcial Pons, P. 478.

Estas definiciones parecen ser lo suficientemente amplias como para abarcar una enorme variedad de “bienes”. No hay duda alguna de que el dinero es un objeto decomisible. Ya no hay dudas respecto a la facultad del Estado en proceder al decomiso de derechos patrimoniales. Tampoco las hay en relación con la posibilidad de decomisar un automóvil, un inmueble u objetos de gran valor pecuniario o cultural, como pueden ser piezas de arte, piedras preciosas, antigüedades, etc.

Sin embargo, con el correr del tiempo y los increíbles avances tecnológicos, las organizaciones criminales han ido innovando en sus estrategias de eludir a la justicia impidiendo el rastro de la “huella” del dinero sucio. Inevitablemente, estos grupos irán un paso por delante, ya que las acciones del Estado suelen ser una reacción a la aparición de nuevas modalidades ejecutadas por los delincuentes.

Desde la década pasada, el uso de *criptoactivos* con fines criminales ha ido en aumento. Esta tecnología dificulta el rastreo del origen y determinación de la titularidad de los fondos.

Según el GAFI, estos han sido utilizados para lavado de activos, venta de sustancias controladas y otros artículos ilegales (incluidas armas de fuego), fraude, evasión fiscal, delitos informáticos (por ejemplo, ataques cibernéticos que resultan en robos), explotación infantil, trata de personas y Financiamiento del Terrorismo. Entre estos, el tipo más común de uso indebido es el tráfico ilícito de sustancias controladas, ya sea con ventas tramitadas directamente en Activos Virtuales o el uso de Activos Virtuales como técnica de estratificación de lavado de activos. También está relacionado su uso con fraudes, estafas, *ransomware* (secuestro de archivos a cambio de un rescate) y extorsión⁶⁹.

La Unidad Fiscal Especializada en Ciberdelincuencia del Ministerio Público Fiscal de la Nación, en su informe de gestión del año 2020⁷⁰, destacó el uso de criptoactivos para la comisión de este tipo de fraudes y extorsiones. Además, en una conclusión para nada alentadora, remarcaron que la tendencia tiende al alza, y no solo en lo que respecta al número de casos, sino también, al surgimiento de nuevas modalidades delictivas. Por último, hicieron hincapié en la relación entre la pandemia COVID-19 y la migración de múltiples actividades hacia la virtualidad, lo cual parece ser una tendencia irreversible.

La pregunta es, ¿Es posible proceder al decomiso de criptoactivos según lo establecido por nuestro ordenamiento jurídico?

Para contestar este interrogante, sería ideal aproximarse a una definición legal de criptoactivos, aunque, como ya se dijo, nuestro ordenamiento jurídico no ha determinado una descripción para los conceptos “moneda virtual”, “moneda digital”, “criptomonedas” y “criptoactivos”. Donde sí tenemos una aproximación al concepto de criptoactivos es en el informe

⁶⁹ GAFI, Informe: “Activos Virtuales - Señales de alerta de LD/FT” (2014).

⁷⁰ Informe de gestión de la Unidad Fiscal Especializada en Ciberdelincuencia 2020, edición septiembre 2021.

recientemente citado del Grupo de Acción Financiera Internacional. Según el GAFI, los criptoactivos deben ser entendidos como “*Activos virtuales*”.

Esta categorización que realiza el GAFI permite concluir, tal como afirma *Manuel Santos*⁷¹, que el concepto de activo virtual se encuentra comprendido dentro de las definiciones de nuestro ordenamiento jurídico, compuesto por la legislación de nuestro país y los instrumentos internacionales, sobre qué debe entenderse por “bienes” en materia de decomiso. Por ello, en Argentina, es jurídicamente posible el decomiso de criptoactivos.

d) Problemática en torno a la naturaleza jurídica del Decomiso

La discusión de si el decomiso es una pena accesoria o no, representa un debate de suma actualidad en la doctrina penal de nuestro país. Esto se debe a que, de responder afirmativamente, le serían aplicables todos los principios constitucionales del derecho sancionatorio.

Corresponde comenzar aclarando que en el sistema de penas se distinguen dos clases: las penas principales y las accesorias. Las principales pueden aplicarse en forma autónoma, mientras que las accesorias sólo se aplican como dependientes de una principal⁷². Por eso, si entendemos que el decomiso es una consecuencia accesoria de la pena principal, esta no podría proceder sin mediar una condena.

La mayoría de la doctrina sostiene la concepción tradicional de que el decomiso es una pena accesoria⁷³. Para sostener este criterio se argumenta que el mismo se aplica en ejercicio de coerción estatal, es de carácter retributivo y por lo tanto una medida “*in personam*”.

Otro sector de la doctrina sostiene una idea diferente que emerge con mayor fuerza a medida que avanza el tiempo. Que el decomiso no es una sanción, sino una medida cautelar tendiente a recuperar activos provenientes de actividades criminales y que el decomiso se devendría de la demostración de la falta de derecho del poseedor material del bien⁷⁴.

Esta concepción busca armonizar las leyes a las exigencias internacionales en materia de lavado de activos y demás delitos que se cometen a través de organizaciones criminales como el narcotráfico, la corrupción y la trata de personas.

⁷¹ SANTOS, Manuel “Decomiso de Criptoactivos”; del libro “Criptomonedas en Argentina: Una mirada integral de la nueva moneda digital” compilado por Ricardo Antonio Parada y José Daniel Errecaborde. - 1a ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Errepar, 2021.

⁷² SOLER, Sebastián (1992), “Derecho Penal Argentino”, Tomo II, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, Actualizador Guillermo J. Fierro, P. 414.

⁷³ SOLER, Sebastián, op. cit., P. 459/460; D’ALESSIO, Andrés J. y DIVITO, Mauro A. (2005), “Código Penal de la Nación Comentado y Anotado”, Tomo I, 2da edición, Editorial La Ley, Pp. 127/129; NÚÑEZ, Ricardo C. (1999), “Manual de Derecho Penal Parte General”, 4ta edición, Editora Córdoba, Pp. 313/314; FONTÁN BALESTRA, Carlos (1998), “Derecho Penal Argentino, Introducción y Parte General”, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, Pp. 546/647; CREUS, Carlos (1992), “Derecho Penal Parte General”, Editorial Astrea, Buenos Aires, P. 473; ZAFFARONI, Eugenio R. “Tratado de Derecho Penal”, Tomo V, Pp. 257/258.

⁷⁴ FREEDMAN, Diego, “Regulación del Decomiso en el Derecho Comparado”, Pp. 10/12.

También se argumenta que, desde la sanción de la ley de “*Ética en el ejercicio de la Función Pública*” que reformó el art. 23 del C.P. en el año 1999, la concepción del decomiso como una pena accesoria fue abandonada, ya que se introdujo la posibilidad de decomisar los bienes en poder de sujetos no condenados ni sometidos a proceso⁷⁵.

En mi opinión, la figura del decomiso prevista en el Código Penal es una pena accesoria. Considero que es fundamental respetar la interpretación original que el legislador tuvo para con la norma al momento de formularla. Para explicar esto, es primordial ir a la letra histórica de la ley 11.179. Precisamente, allí el legislador argentino sancionó el nuevo código penal (que venía a reemplazar al de 1886, cuya base era el “Proyecto Tejedor”), dentro del cual se encontraba la figura de decomiso en el mismo art. 23 que ocupa hoy en día. Este rezaba: “*La condena importa la pérdida de los instrumentos del delito, los que, con los efectos provenientes del mismo, serán decomisados, a no ser que pertenecieran a un tercero no responsable. Los instrumentos decomisados no podrán venderse, debiendo destruirse*”.

Además, de la lectura de las leyes que modificaron esta figura en el código penal (Leyes 25.188, 25.742 y 25.815), surgen claras referencias al instituto como una pena, por lo que únicamente puede ser aplicado con posterioridad a una sentencia condenatoria. Otro argumento en favor de esta tesis es que el propio Código Penal de la Nación ubica a esta figura (la del art. 23) dentro del Título II llamado “*De las Penas*” y hasta es posible encontrar otros artículos que se refieren al decomiso directamente como una pena⁷⁶. En el derecho argentino, una pena accesoria nunca puede aplicarse sin condena y a ella le caben todos los principios constitucionales del derecho sancionatorio. En ese sentido, si entendemos al decomiso del art. 23 como una pena accesoria de la principal, la modalidad especial del 305 también debe serlo.

Sin embargo, entiendo que aquellos que sostienen que el decomiso no es una pena accesoria, nos advierten de la necesidad de dotar a la Justicia de nuestro país con herramientas que permitan combatir el lavado de dinero, especialmente cuando está vinculado con la corrupción y el crimen organizado.

Esta herramienta procesal permitiría no sólo recuperar los activos en los casos concretos, sino también generar un fuerte desincentivo en aquellos que pensarán en cometerlos, ya que prácticamente se garantiza la posibilidad de perder todo lo conseguido de forma ilícita. Esto se debe a que los sujetos que participan o se ven afectados por la política criminal y el fenómeno delictivo responden de forma racional a los incentivos, tanto de carácter positivo como negativo⁷⁷.

⁷⁵ Art. 23, 4to párrafo: “*Cuando con el producto o el provecho del delito se hubiese beneficiado un tercero a título gratuito, el comiso se pronunciará contra éste*”.

⁷⁶ Art. 30 del Código Penal de la Nación: “*La obligación de indemnizar es preferente a todas las que contrajere el responsable después de cometido el delito, a la ejecución de la pena de decomiso del producto o el provecho del delito y al pago de la multa...*”

⁷⁷ ÍÑIGO ORTIZ DE URBINA, Gimeno (2004), “Análisis Económico del Derecho y Política Criminal”, UNED, Revista de Derecho Penal y Criminología n° 2, Pp. 49.

Por eso, adelantándome un poco a la conclusión, considero que debe realizarse una profunda reforma en materia de recuperación de activos para que sea más eficiente en términos de política criminal, pero sin atropellar el principio de legalidad ni las garantías constitucionales del debido proceso. Los argumentos que se utilizan para justificar el decomiso preventivo se adecúan perfectamente al instituto de la extinción de dominio, la cual quitaría esta facultad a la autoridad penal, y con ello podría diluir la polémica de "pena sin condena".

e) Conclusiones del capítulo

En Argentina, la figura de decomiso existe desde mucho antes del boom internacional del delito de lavado de activos. Entendida como una pena accesoria, el decomiso persigue la finalidad de extraer del patrimonio del delincuente los bienes servidos para cometer un hecho en particular y de las cosas o ganancias que son producto o provecho del delito en todos los casos en que recayese condena.

Desde el tercer cuarto del siglo XX, el ámbito internacional busca presionar a los diferentes Estados para que tomen todas las medidas necesarias con el fin de lograr el decomiso de los productos o ganancias del delito de lavado de activos.

Ello, sumado a la falta de eficacia de nuestro poder judicial a la hora de dictar sentencias condenatorias vinculadas al delito de lavado de activos llevó a que nuestro país pasara a integrar la lista gris del GAFI⁷⁸.

Por ese motivo, entre otros, el Estado argentino sancionó la ley 26.683 a fin de dar cumplimiento a todas las exigencias de este grupo. Recordemos que el GAFI pretende la imposición del decomiso sin la necesidad de mediar condena penal previa. Ello fue establecido en la recomendación N° 4 del libro *Las Cuarenta Recomendaciones del Grupo de Acción Financiera Internacional*. Si bien esta "recomendación" se encuentra vigente desde el año 1990, y Argentina es un país miembro del GAFI desde el año 2000, este polémico instituto recién fue adoptado por la mencionada ley en el año 2011.

Si bien el objeto de esta reforma, además de evitar las contramedidas del GAFI, fue dotar de una herramienta dinámica que permita incautar los fondos y bienes vinculados con el delito para evitar la frustración del comiso definitivo al momento de dictarse la condena como consecuencia de la conducta del autor, tal como lo explica el *Prof. Aboso*, el decomiso preventivo presenta objeciones de orden constitucional que atentan contra los principios de inocencia y culpabilidad⁷⁹, pilares fundamentales del Derecho Penal. Es por eso que, en mi opinión, la relación entre el decomiso preventivo y el Derecho Penal es irreconciliable. Ahora bien, es importante destacar aquí que no todos los países del mundo buscan dar una respuesta penal a esta necesidad de asegurar la recuperación de activos de origen delictivo, y es justamente eso de lo que trata el siguiente capítulo de este trabajo.

⁷⁸ Explicado en acápite 1.3. de la presente obra.

⁷⁹ ABOSO, Gustavo E. (2019), "Criminalidad Organizada y Derecho Penal", Ed. BdeF, Pp. 385/386.

6) Extinción de dominio

El 16 de junio de 2016, durante el primer semestre de gobierno del Presidente de la Nación Mauricio Macri, José López, ex secretario de obras públicas de los gobiernos de Néstor Kirchner y Cristina Fernández de Kirchner, fue sorprendido en la puerta de un convento mientras intentaba esconder bolsos con nueve millones de dólares, relojes de alta gama y una ametralladora.

Se trató de un descubrimiento de suma gravedad institucional, ya que expuso de forma burda la corrupción de nuestra clase gobernante. Fue en ese momento que el concepto de "extinción de dominio" entró en el vocabulario de la sociedad argentina, y durante un tiempo fue una tendencia tópica de los medios de comunicación que, lejos de informar correctamente, atribuyeron banderas políticas a las posiciones a favor y en contra del mencionado proyecto. Sin embargo, lo importante es que tuvo lugar un importante debate filosófico, social y político en torno a una posible sanción de una ley de extinción de dominio.

Se trata de un instituto jurídico (o una herramienta de política criminal) dirigido contra los bienes de origen o destinación ilícita. Este novedoso mecanismo está dirigido a la persecución de toda clase de activos que integran la riqueza derivada de la actividad criminal⁸⁰. Según *Isidoro Blanco Cordero*, al tratarse de una institución real (in rem), puede ser impuesto con criterios probatorios menos estrictos que el decomiso penal, no es necesario que lo decrete el Juez penal y puede dirigirse contra las personas jurídicas y contra los herederos de los presuntos responsables penales⁸¹.

La tesis de la medida in rem, también es sostenida en la jurisprudencia argentina. El juez que entendió en el caso "Skanska" expresó: *"la adopción del criterio señalado, en nada importa atribuir responsabilidad penal a la firma Skanska S.A. en orden a los hechos que constituyen objeto de investigación, sino que pretende evitar para el supuesto de verificarse la existencia del delito, en oportunidad de dictarse una presunta condena, la consolidación de los provechos o beneficios de éste"*⁸².

Es cierto que un sector de la doctrina argentina no cree necesario sancionar una ley de extinción de dominio debido a que nuestro ordenamiento jurídico ya cuenta con la figura de decomiso sin condena (Art. 23 y 305 C.P.). Sin embargo, este instituto prácticamente no es utilizado por los magistrados de nuestro país. Según el *Prof. Carlos Reynaga* "no ha sido establecido un incidente por el cual se decida el decomiso de los bienes mencionados por estos artículos".

⁸⁰ UNODC (2011), "Ley modelo sobre extinción de dominio", Programa de Asistencia Legal para América Latina y el Caribe.

⁸¹ BLANCO CORDERO, Isidoro "Recuperación de Activos de la corrupción mediante el decomiso sin condena. (Comiso civil o extinción de dominio)", UBIjus Editorial, 2012.

⁸² Causa N° 18579/06, caratulada "SKANSKA S.A. y otros s/ defraudación contra la administración pública", del registro del Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal N° 7, Secretaría N° 13.

En ese sentido, el principal cuestionamiento a este instituto es el de la violación al derecho constitucional de la propiedad privada⁸³. El artículo 17 de la Constitución Nacional reconoce que *“la propiedad es inviolable, y ningún habitante de la Nación puede ser privado de ella, sino en virtud de una sentencia fundada en ley. La expropiación por causa de utilidad pública, debe ser calificada por ley y previamente indemnizada. (...) La confiscación de bienes queda borrada para siempre del Código Penal Argentino”*. Este derecho también es reconocido como un derecho humano por pactos internacionales, en tanto se vincula con la dignidad humana y el derecho de llevar a cabo su propio plan de vida⁸⁴.

A estos argumentos puede contraponerse lo expuesto por los *Dres. Marcelo Colombo y Agustina Stabile*: *“estas acciones no constituyen un castigo a un sujeto condenado por la comisión de un delito. Por el contrario, estas acciones se erigen sobre la premisa que el derecho de propiedad sólo existe en la medida en que ella sea adquirida a través de los medios que el derecho permite. Por lo tanto, la propiedad adquirida en base a la comisión de hechos ilícitos (los propios o los de un tercero) está viciada en su origen y, en consecuencia, no puede sostenerse válidamente un derecho respecto de ésta”*⁸⁵. Sobre esta base, tampoco podría argumentarse que la aplicación del instituto vulneraría la garantía del *ne bis in idem*.

Desde esta perspectiva, la extinción de dominio es una medida dirigida a impedir el provecho derivado de hechos ilícitos. En ese sentido, el instituto se adecuaría a la forma en la que el mismo es regulado por otros países. Estados Unidos, por ejemplo, prevé un “decomiso civil” que, a diferencia del “decomiso criminal”, puede dictarse antes de que recaiga condena criminal y puede dirigirse no sólo contra la propiedad de quien participó en el hecho ilícito sino también contra cualquier tercero que posea los bienes que constituyan el producto del delito⁸⁶.

Antes de analizar esta figura jurídica en nuestro ordenamiento interno, es primordial analizar la aplicación de este instituto en el derecho comparado.

a) Derecho comparado

Cómo se ha advertido anteriormente, la discusión en torno a la extinción de dominio o decomiso sin condena no es exclusiva de nuestro país. Por eso, es posible encontrar distintas regulaciones a lo largo y ancho del globo que nos permitan acercarnos a un proyecto eficiente y respetuoso de las garantías constitucionales.

⁸³ TERRAGNI, Marco Antonio, “Decomiso sin condena”, abril 2019.

⁸⁴ REYNAGA, Juan Carlos (2019), “Decomiso y extinción de dominio”, 1º ed., Córdoba, Alveroni Ediciones, Pp. 43/45.

⁸⁵ COLOMBO, Marcelo y STABILE, Agustina “Reformas legales necesarias en materia de recuperación de activos”, La Ley 2005-D, 1400.

⁸⁶ AROCENA, Luis F. y SOSA, Claudia A. (Oficina Anticorrupción) “Recupero de activos en casos de Corrupción: El Decomiso de las Ganancias del Delito. Estado Actual de la Cuestión”, 1ed. - Buenos Aires: Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos de la Nación, año 2010.

i) Latinoamérica⁸⁷

No sorprenderá al lector saber que *Colombia* cuenta con esta herramienta. Digo esto, debido a que, hace aproximadamente cuarenta años, esta nación fue testigo del auge del Crimen Organizado en el continente.

En el año 2014, mediante la sanción de la ley 1.708/2014, se introdujo al ordenamiento jurídico colombiano el instituto de la extinción de dominio. Esta fue definida como “*una consecuencia patrimonial de actividades ilícitas o que deterioran gravemente la moral social, consistente en la declaración de titularidad a favor del estado de los bienes a que se refiere esta ley, por sentencia, sin contraprestación ni compensación de naturaleza alguna para el afectado*”. Además, esta ley pionera de la región, continúa definiendo a la figura como “*una acción distinta y autónoma de la penal, así como de cualquier otra, e independiente de toda declaratoria de responsabilidad*”.

En ese sentido, la Corte Constitucional de Colombia ha expresado que, si bien el art. 58 de la Constitución garantiza el derecho de propiedad, esta lo hace únicamente cuando la propiedad es adquirida lícitamente.

Un reciente informe de Evaluación Mutua publicado por el Grupo de Acción Financiera de Latinoamérica concluyó que las medidas de extinción de dominio en Colombia cumplen con todos los criterios contenidos en la recomendación n° 4 del GAFI⁸⁸. Dentro de los aspectos más destacados en el informe, figuran la efectividad y regularidad con la que se aplica el instituto, la capacitación dada a los operadores judiciales y que ante cada investigación importante de lavado de activos se inicie paralelamente una investigación de Extinción de Dominio.

Este camino también fue tomado por países como Honduras, Guatemala, El Salvador y México, entre otros.

Puntualmente, *El Salvador* dictó, por decreto, la “*Ley Especial de Extinción de Dominio y de la Administración de los Bienes de Origen o Destinación Ilícita*” del año 2013. En ella se la define como una “*acción de naturaleza jurisdiccional, de carácter real y de contenido patrimonial en cuanto se dirige contra bienes de origen o destinación ilícita*” y aclara que “*es una consecuencia patrimonial de las actividades ilícitas, consistente en la declaración de titularidad a favor del Estado por sentencia de autoridad judicial sobre los bienes que se refiere la presente ley, sin contraprestación, ni compensación alguna para su titular o cualquier persona que ostente o se presente como tal*”.

En el año 2010, *Guatemala* hizo lo propio a través de un decreto y creó el instituto de la extinción de dominio. Con similar descripción a la dada por El Salvador, la figura jurídica guatemalteca debe ser ejercida con independencia de la acción o procedimientos penales que se hubieren iniciado o terminado.

⁸⁷ REYNAGA, Juan Carlos (2019), "Decomiso y extinción de dominio", 1º ed., Córdoba, Alveroni Ediciones, Pp. 49/62.

⁸⁸ GAFISUD (2018), "Informe de Evaluación Mutua de la República de Colombia".

En el mismo año, también por decreto, Honduras sancionó la “Ley sobre Privación Definitiva del Dominio de Bienes de Origen Ilícito” que se expresa en similares términos a los dos casos anteriores.

En el año 2009, se dictó en México la “Ley Federal de Extinción de Dominio”. La técnica legislativa utilizada es parecida a los casos anteriores, sin embargo, en este país se reglamentó que la acción estaría a cargo del Ministerio Público y que la extinción de dominio será de índole “civil, autónomo, distinto e independiente de aquel o aquellos de materia penal de los cuales se haya obtenido la información relativa a los hechos que sustentan la acción o de cualquier otro que se haya iniciado con anterioridad simultáneamente”⁸⁹.

ii) Estados Unidos de Norteamérica

Como ya lo hemos adelantado, en la mayor potencia del continente americano rige la figura normativa del decomiso civil (o confiscación civil). Se encuentra regulado dentro del Título 18 de la Parte I del capítulo 46 del *U.S. Code*. Es una acción que apunta hacia los bienes y su origen que no tiene relación con conductas individuales, sino con situaciones objetivas en las que se sospecha que los bienes están vinculados a actividades delictivas. Esto último significa que, a los bienes no le serán aplicadas las garantías constitucionales de la presunción de inocencia, defensa en juicio, juez natural, etc.⁹⁰. Según explica Juan Carlos Reynaga, el legislador norteamericano creó un sistema de ficción legal a través del cual pueden ser enjuiciados los bienes por el propio estado⁹¹.

Este instituto era muy criticado por que se entendía que no daba mucho margen a las defensas y por qué el poder que otorgaba era excesivo. Fue así que, en el año 2000, este instituto fue reformado para otorgar mayores protecciones y garantías. Uno de los principales cambios tuvo que ver con el estándar de prueba, ya que anteriormente bastaba con demostrar que era “probable” que los bienes tuvieran un origen ilícito para invertir la carga probatoria. Desde la reforma se requiere un estándar más exigente⁹².

En el año 1996, la Corte Suprema de Estados Unidos se expidió a favor de la naturaleza civil del instituto al resolver un caso en el que se cuestionaba la doble imposición de pena. La Corte terminó confirmando que la imposición del decomiso en un procedimiento distinto del penal no supone una vulneración del principio *ne bis in idem*⁹³.

Actualmente, Estados Unidos propone un decomiso civil *in rem* y por el otro un decomiso penal considerado *in personam*. Se considera que la convivencia de ambos

⁸⁹ RIVERO EVIA, Jorge “El Hecho Ilícito Como Elemento de la Acción de Extinción de Dominio”, Editorial Tirant Lo Blanch, México, 2021.

⁹⁰ REYNAGA, Juan Carlos (2019), “Decomiso y extinción de dominio”, 1º ed., Córdoba, Alveroni Ediciones, P. 60.

⁹¹ Por ejemplo: “*Texas vs. Chevrolet 2004*” y “*USA vs. 8.850 usd*”.

⁹² SORAGNI, Carolina Belén, “El recupero de activos bajo el ordenamiento jurídico argentino: ¿Debe ser considerado el decomiso necesariamente de naturaleza penal?”, Maestría en Derecho Penal de la Universidad de San Andrés, 2020.

⁹³ U.S. Supreme Court, “*United States v Ursery*”, 518 U.S. 267, 24 de junio de 1996.

procedimientos, le dan al sistema una versatilidad que mejora la recuperación de activos y no afecta el principio de prohibición de persecución penal múltiple cuando el decomiso penal deviene inviable⁹⁴.

Desde septiembre de 2001 cuerpos de policía de Estados Unidos han incautado 2.500 millones de dólares en 62,000 actuaciones, sin acusar a nadie de ningún crimen, según una investigación del diario *Washington post*⁹⁵.

iii) España

En España, el decomiso se encuentra regulado dentro del Título VI del Código Penal Español como una pena accesoria. Sin embargo, a partir de la sanción de la Ley Orgánica 1/2015 se considera que la medida tiene otras finalidades distintas a la de accesoriedad de la pena.

Se sostuvo que la naturaleza del decomiso no era necesariamente penal, ya que no se trata de una sanción fundada en la culpabilidad del hecho, ya que no reprocha al sujeto la realización de un ilícito, lo que sería propio de una pena, sino que persigue la corrección de una situación patrimonial ilícita derivada de un enriquecimiento de origen delictivo. Por ello, se afirma que el instituto tiene una naturaleza más bien civil y patrimonial, ya que pone fin a la situación patrimonial ilícita a que ha dado lugar la actividad delictiva⁹⁶.

b) El caso argentino

Como se mencionó al comienzo de este capítulo, en el año 2016, en Argentina, tuvo lugar un bizarro hecho que expuso ante los ojos del mundo los niveles de corrupción de cierta clase gobernante. Fue a partir de ello que se instaló el debate acerca de la necesidad de una ley de extinción de dominio.

En un primer momento, se presentó un proyecto de ley que obtuvo media sanción en la Cámara de Diputados, sin embargo, al pasar a la Cámara de Senadores, el proyecto fue duramente criticado, y tras su reenvío, no volvió a ser tratado en los siguientes períodos. Así fue como, en el año 2019, el Poder Ejecutivo reguló una acción civil de carácter patrimonial a través del Decreto de Necesidad y Urgencia de Extinción de Dominio N° 62/2019.

A continuación, se analizarán tanto el proyecto 1406-D-2016 como el DNU 62/2019.

i) Proyecto de ley 1406-D-2016

Este proyecto define al instituto como "*la pérdida de un derecho real como consecuencia de actividades ilícitas, consistente en la declaración de titularidad a favor del*

⁹⁴ Idem SORAGNI.

⁹⁵

https://www.bbc.com/mundo/noticias/2015/04/150410_eeuu_policia_confiscacion_civil_az

⁹⁶ SORAGNI, Carolina Belén, "El recupero de activos bajo el ordenamiento jurídico argentino: ¿Debe ser considerado el decomiso necesariamente de naturaleza penal?", Maestría en Derecho Penal de la Universidad de San Andrés, 2020.

Ver:

Estado nacional, previa sentencia judicial fundada en esta ley, sin contraprestación ni compensación alguna para su titular, y sin necesidad de condena penal".

A su vez, establecía que la extinción de dominio procederá "*Cuando el juez penal interviniente en causas donde se investigan delitos enumerados en el artículo 10, y al momento de dictar el auto de procesamiento considere prima facie encuadrado dentro de lo dispuesto en la presente ley, aun cuando no se hubiere dictado sentencia condenatoria*" o cuando se dieran los supuestos de prescripción, fallecimiento, inimputabilidad, fuga, o cualquier motivo de suspensión o extinción de la acción penal.

"Ante la existencia de condena penal dictada en el extranjero por delito de narcotráfico, lavado de dinero, enriquecimiento ilícito, cuando existan bienes o productos en el territorio nacional y la autoridad judicial competente del país de que se trata no los haya oportunamente reclamado, se declararán a favor del Estado Nacional".

Por último, procederá el instituto "*Cuando el afectado no pueda demostrar fehacientemente el origen lícito de los bienes, o exista un incremento patrimonial no justificado y el juez interviniente en el proceso de extinción del dominio considere suficientemente acreditado por diversos medios probatorios que los mismos son instrumentos, objetos, o productos de las actividades ilícitas enumeradas en el artículo 10 de la presente ley*".

Con respecto al procedimiento, se propuso la creación de fiscalías y juzgados especializados en extinción de dominio. El proceso se dividiría en dos momentos fundamentales. Una etapa inicial, preparatoria de la fijación de pretensión a cargo de la Fiscalía Especializada. En esta instancia se lleva a cabo la investigación patrimonial y la recolección de prueba, se fijan las pretensiones de la Fiscalía y esta requiere al Juez que declare la extinción de dominio. Este requerimiento debe abarcar los fundamentos de hecho y derecho; la identificación, ubicación y descripción de los bienes que se persiguen y, por último, las pruebas en que se funda. Finalmente, se avanza hacia la etapa de juzgamiento a cargo del juez. Durante esta última etapa los afectados podrán ejercer su derecho de contradicción en los términos que establece la presente ley.

Durante las discusiones abiertas llevadas a cabo en las comisiones del Senado, importantes juristas fueron invitados a disertar al respecto. En ese contexto, *Marcelo Sancinetti* fue severamente crítico con el proyecto. Expresó que cualquier consecuencia negativa que se derive de la comisión de un hecho punible es una pena. Para ello, afirmó que no existen acciones autónomas que vayan contra las cosas. Por último, aseguró que este proyecto no puede tener favorable asidero en un Estado de Derecho⁹⁷.

⁹⁷ SANCINETTI, Marcelo A., "Dictamen sobre proyectos de leyes así llamados de Arrepentido y de Extinción de Dominio", Buenos Aires, 2016, Pp. 24/25.

ii) Decreto 62/2019

Antes de comenzar, es importante remarcar que el decreto en cuestión no tuvo tratamiento parlamentario por ante la *Comisión Bicameral Permanente del Congreso de la Nación* y fue desestimado.

El decreto establece que la sospecha fundada sobre la comisión de un delito grave, habilita al Estado a cuestionar la titularidad de los bienes que correspondan a un incremento patrimonial injustificado. El objetivo de esta acción civil es extinguir, el derecho sobre los bienes que hayan sido mal habidos por efecto de actos de corrupción o crimen organizado, a fin de recuperarlos en beneficio del conjunto de la sociedad. En efecto, consiste en exponer la falta de derecho de propiedad sobre un bien determinado en virtud de haber sido adquirido de forma irregular.

Esta acción procede ante cualquier derecho, principal o accesorio, sobre los bienes descriptos, y se declara a través de un procedimiento autónomo e independiente de cualquier otro proceso judicial.

Si bien múltiples oficinas del Ministerio Público Fiscal sugieren evaluar la conveniencia de emitir instrucciones generales en cuanto a la aplicabilidad actual y alcances de dicho régimen de extinción de dominio⁹⁸, el instituto fue utilizado recientemente por primera vez por la Secretaría de Coordinación No Penal del Ministerio Público Fiscal, en el caso conocido como “Clan Loza”, por más de 100 bienes que incluyen propiedades, vehículos de alta gama, joyas y dinero en efectivo pertenecientes a los integrantes de la organización criminal transnacional⁹⁹.

Entre las principales críticas al decreto, además de las desarrolladas por Sancinetti en el año 2016, se argumenta que el decreto es violatorio del Art. 17 de la Constitución en cuanto su texto indica que ningún habitante puede ser privado de su propiedad salvo por sentencia fundada en ley, y que no es posible equiparar este DNU a una ley sancionada por el Congreso de la Nación¹⁰⁰.

Otro sector de la doctrina sostiene que resulta dudosa la autonomía e independencia del proceso de extinción de dominio en relación con cualquier otro proceso, ya que su inicio está supeditado al dictado de una medida cautelar sobre los bienes vinculados al delito en sede penal¹⁰¹.

⁹⁸ Informe Anual 2020 del Ministerio Público Fiscal de la Nación, publicado en el año 2021, Pp. 387, 392, 769 y 784.

⁹⁹ Informe Anual 2020 del Ministerio Público Fiscal de la Nación, publicado en el año 2021, Pp. 29/34.

¹⁰⁰ TERRAGNI, Marco Antonio, “Decomiso sin condena”, abril 2019.

¹⁰¹ PARRA, Manuela y FIGUEROA, Francisco "Extinción de dominio: posibles problemas del proceso de extinción de dominio vinculado al proceso penal", Revista de Derecho Penal y Criminología, Edición especial, Alternativas al Sistema de Justicia Criminal Latinoamericano, noviembre, 2019.

c) Conclusiones del capítulo

Sin intención de adelantarse a las conclusiones finales de este trabajo, llegó la hora de hacer un análisis de lo desarrollado hasta ahora en este capítulo.

El instituto de la extinción de dominio parece ser un mecanismo idóneo para privar a los corruptos de sus ganancias¹⁰². La posibilidad de que la recuperación de activos se alcance, reprime la idea de impunidad. Se elimina el mayor fomento a la actividad criminal al no garantizar el goce de los bienes obtenidos de forma ilícita. Para ello, es necesario una legislación en materia de extinción de dominio que inserte la idea de *Infalibilidad*¹⁰³. De todo lo expuesto, concluyo que la medida debe ser considerada necesariamente de naturaleza civil o administrativa.

Sin embargo, el dictado de un DNU no puede ofrecer una solución de fondo a una problemática que presenta múltiples aspectos y que requiere un estudio integral y profundo de las causas que la motivan nacidas a la sombra de grupos de poder y las ramificaciones y consecuencias que acarrear¹⁰⁴.

Actualmente, la herramienta a penas se utiliza, justamente, debido a que fue declarada inválida por la Comisión Bicameral Permanente¹⁰⁵. Varios organismos del MPF exigen una reglamentación o emisión de instrucciones para la implementación de la figura. Esto no debe ser pasado por alto, ya que la ineficacia judicial es perjudicial para la disuasión, uno de los principales fundamentos de la Extinción de Dominio.

Será necesario llegar a un consenso legislativo para poder dictar una ley integral, que no solo cree el instituto, sino que, además, aporte recursos, criterios y pautas para su aplicación, como así también una estructura que cuente con recursos humanos y económicos. De poco sirven las "buenas prácticas", si no cuentan con una organización que permita llevarlas adelante¹⁰⁶.

Las propuestas legislativas que impulsan la creación de las figuras son una propuesta que dotaría a los funcionarios del poder judicial de un instrumento útil para la investigación y el abordaje económico patrimonial de los delitos vinculados al crimen organizado y la corrupción. Para eso, es preciso realizar un análisis responsable previo a la creación de este instituto para evitar caer en demagogias que terminen por avasallar los derechos y garantías reconocidos en nuestra Constitución y los códigos de fondo.

Desde este punto de vista, una ley que reúna las características de la figura de confiscación en los Estados Unidos traerá mejores y más resultados al dotar de herramientas

¹⁰² BLANCO CORDERO, Isidoro "Recuperación de Activos de la corrupción mediante el decomiso sin condena. (Comiso civil o extinción de dominio)", UBIjus Editorial, 2012.

¹⁰³ BECCARIA, C. (2005), "De los Delitos y de las Penas", Ed. Libertador, 1° ed. Buenos Aires, Pp. 76/77.

¹⁰⁴ REYNAGA, Juan Carlos (2019), "Decomiso y extinción de dominio", 1° ed., Córdoba, Alveroni Ediciones, Pp. 46/47.

¹⁰⁵ Cámara de Diputados de la Nación, Período Parlamentario 2018, Orden del día 922, del 27 de febrero de 2019.

¹⁰⁶ REYNAGA, Juan Carlos (2019), "Decomiso y extinción de dominio", 1° ed., Córdoba, Alveroni Ediciones, Pp. 154/156.

más eficaces al Estado a la hora de recuperar activos de origen delictivo. También traería mejores calificaciones internacionales por parte de los organismos que fomentan el combate contra la criminalidad económica y organizada.

Considero que el problema que se ha generado al respecto proviene de la génesis del planteo. Esta influencia que promueve la lucha homogénea contra las organizaciones criminales y el lavado de dinero presentó a la herramienta bajo la denominación “decomiso sin condena” y como una medida “penal”.

El recurso al Derecho Penal como primera opción frente a un problema social complejo debe ser reconsiderado. Los principios y garantías tornan difícil el abordaje de nuevos fenómenos delictivos. Esto puede llevar a la precipitada asunción de que el Derecho Penal no tiene capacidad de dar respuestas frente a estos casos. Será importante recordar los orígenes políticos de los procesos de criminalización para discutir soluciones alternativas viables¹⁰⁷.

¹⁰⁷ CASTRO LINARES, D. y BONSIGNORE FOUQUET, D. (2020), “Delincuencia Socioeconómica y Daño Social.”, Revista Estudios Penales y Criminológicos, vol. XL, Pp. 91/92.

7) Conclusión

El lavado de activos es el método escogido por el crimen organizado para alterar la ruta del dinero y, con ello, otorgar apariencia de licitud a sus bienes para entorpecer las investigaciones. En esa línea, el “*Lavado en cadena*” exige un mayor compromiso de los Estados en lo que respecta a la armonización de las legislaciones punitivas en lo que respecta al Crimen Organizado Transnacional. La comunidad internacional es quien ha tomado el liderazgo en esta batalla. Una fuerte política de investigación patrimonial, hallazgo y extinción de dominio de bienes de procedencia ilícita otorgará mejores resultados en la prevención y represión.

Ahora bien, considero que es necesario realizar una fuerte autocrítica a la importancia que se le ha dado al asunto desde la política de nuestro país. Cómo se ha mencionado a lo largo del trabajo, Argentina reaccionó rápidamente ante los compromisos asumidos en la convención de Viena y Palermo con el dictado de las leyes 23.737 y 25.246. Al cabo de un año de la Convención de Viena, se dictó la ley que incorporó a nuestro ordenamiento el tipo penal de lavado de activos. Un tipo penal que por la deficiente técnica legislativa utilizada prácticamente no fue utilizada. Posteriormente, en el año 2000, ante la urgencia de acceder a un préstamo del FMI, el Congreso de la Nación sancionó una nueva ley que tampoco obtuvo resultados favorables. Luego, en el año 2011, tras encontrarnos inmersos en la lista del GAFI y ante una inminente evaluación de cumplimiento, se sancionó la ley 26.683, donde entre otras cosas, se incorporó al Código Penal el art. 305 que contempla el famoso “Decomiso sin condena”.

¿Puede decirse que Argentina realmente está comprometida en la prevención de los delitos de lavado de activos y financiamiento del terrorismo? ¿Acaso es una carrera de quién sanciona antes las leyes? Argentina, de un modo irresponsable, intentó cumplir con los compromisos asumidos cuando su incumplimiento representaba un obstáculo para sus objetivos políticos. Es por ese motivo que, en nuestro país, el delito de lavado de dinero y los instrumentos de recuperación de activos, fueron incorporados a nuestro ordenamiento jurídico “al voleo”. Nuestro Poder Legislativo debe estudiar, debatir y sancionar normas que cumplan con las exigencias asumidas, pero sin pasar por alto la eficacia que tales medidas tendrán. No son concebibles las votaciones a libro cerrado en donde se incorpore una réplica de las disposiciones generales dadas por la comunidad internacional, ya que sus consecuencias están a la vista de todos. Evidentemente, el único objetivo que persiguió Argentina era cumplir con lo exigido y no dar batalla en la prevención de estos delitos.

Las convenciones que comprometen a los Estados a ir contra los bienes del crimen organizado deben ser el puntapié inicial para la búsqueda de consenso y creatividad de los legisladores para alcanzar un objetivo. Es necesario que estas figuras se creen e incorporen a nuestro sistema, pero también lo es una constante discusión y revisión para que estas mejoren en eficacia y respeto de nuestras leyes.

Los organismos internacionales deben dar margen a los cuerpos legislativos locales. Deben fomentar las funciones legislativas sobre la base de “verdaderas recomendaciones” y no

a través de métodos coactivos para la imposición de técnicas de exportación, ya que de lo contrario se corre el riesgo de estancar a un Estado en una discusión vacía, y de ese modo, se entorpezca lo verdaderamente relevante, la prevención del lavado de activos y el combate al crimen organizado.

8) BIBLIOGRAFÍA

- ABOSO, Gustavo E. (2019), "Criminalidad Organizada y Derecho Penal", Ed. BdeF.
- ANNAN, Kofi A., Sec. Gral. de las Naciones Unidas (2004), Prefacio de la "Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos".
- AROCENA, Luis F. y SOSA, Claudia A. (Oficina Anticorrupción) "Recupero de activos en casos de Corrupción: El Decomiso de las Ganancias del Delito. Estado Actual de la Cuestión", 1ed. - Buenos Aires: Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos de la Nación, año 2010.
- BECCARIA, C. (2005), "De los Delitos y de las Penas", Ed. Libertador, 1° ed. Buenos Aires.
- BERTONI, Eduardo Andrés "Lavado de dinero: La preocupación de los organismos internacionales", Revista Jurídica de la Universidad de Palermo, año 3, número 1, 1998.
- BLANCO CORDERO, Isidoro (1997), "Criminalidad Organizada y Mercados Ilegales", Revista Eguzkilore, España.
- BLANCO CORDERO, Isidoro (2011), "El Delito Fiscal como Actividad Delictiva Previa del Blanqueo de Capitales", Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología.
- BLANCO CORDERO, Isidoro "Recuperación de Activos de la corrupción mediante el decomiso sin condena. (Comiso civil o extinción de dominio)", UBIjus Editorial, 2012.
- CASTELLUCCI, Mariano J. (2020), "El delito de lavado de activos de origen ilícito: Análisis de cuestiones problemáticas que giran en torno al delito", Revista Nueva Crítica Penal, Año 2, Número 2, Julio 2019 - Enero 2020, Argentina.
- CASTRO LINARES, D. y BONSIGNORE FOUQUET, D. (2020), "Delincuencia Socioeconómica y Daño Social.", Revista Estudios Penales y Criminológicos, vol. XL.
- CHASCO, Martín F., "El Estado como querellante: el caso de la Unidad de Información Financiera", Revista de Derecho Procesal Penal La Ley, Buenos Aires, edición de junio de 2019.
- COLOMBO, Marcelo y STABILE, Agustina "Reformas legales necesarias en materia de recuperación de activos", La Ley 2005-D, 1400.
- CÓRDOBA, Fernando J. (2015), "Delito de Lavado de Dinero", Editorial Hammurabi.
- CREUS, Carlos (1992), "Derecho Penal Parte General", Editorial Astrea, Buenos Aires.
- D'ALBORA, Francisco J. (H) (2020), "Lavado de Dinero", contribuciones de Facundo Andrés, 3° ed. - Buenos Aires, Ad-Hoc.
- D'ALESSIO, Andrés J. y DIVITO, Mauro A. (2005), "Código Penal de la Nación Comentado y Anotado", Tomo I, 2da edición, Editorial La Ley.
- DONNA, Edgardo Alberto, "¿Es posible el Derecho Penal Liberal?"

- DURRIEU FIGUEROA, Roberto (2017), "La Ganancia Económica del Delito. Lavado de Dinero, Decomiso y Financiamiento del Crimen Organizado y del Terrorismo", 1º ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina, Marcial Pons.
- DURRIEU FIGUEROA, Roberto, "El Bien Jurídico Protegido en el Delito de Lavado de Dinero".
- DURRIEU FIGUEROA, Roberto, "El delito de lavado de dinero y su difícil prueba"; dirigido por Daniel R. Pastor; Juan Pablo Alonso, 1º Ed., Ad Hoc, Buenos Aires, 2018.
- FLAH, Agustín, "Lavado de Dinero y Financiamiento del Terrorismo. Estándares Internacionales."; de la obra "Lavado de Dinero", PASTOR, Daniel R., dir. y ALONSO, Juan Pablo, dir., 1º ed. - Buenos Aires, Ad-Hoc, 2018.
- FONTÁN BALESTRA, Carlos (1998), "Derecho Penal Argentino, Introducción y Parte General", Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires.
- FREEDMAN, Diego, "Regulación del Decomiso en el Derecho Comparado".
- ÍÑIGO ORTIZ DE URBINA, Gimeno (2004), "Análisis Económico del Derecho y Política Criminal", UNED, Revista de Derecho Penal y Criminología n° 2.
- LAUDAN, Larry (2013), "Verdad, Error y Proceso Penal", Marcial Pons, Madrid
- MAHIQUES, Ignacio, "La neutralización de las ventajas económicas del delito como estrategia de lucha contra la criminalidad organizada", Revista de Derecho Penal, noviembre de 2014.
- MORA, Santiago J. y PALAZZI, Pablo A., "Fintech: Aspectos Legales", Tomo I, Colección Derecho y Tecnología (2020).
- NÚÑEZ, Ricardo C. (1999), "Manual de Derecho Penal Parte General", 4ta edición, Editora Córdoba.
- PARRA, Manuela y FIGUEROA, Francisco "Extinción de dominio: posibles problemas del proceso de extinción de dominio vinculado al proceso penal", Revista de Derecho Penal y Criminología, Edición especial, Alternativas al Sistema de Justicia Criminal Latinoamericano, noviembre, 2019.
- REYNAGA, Juan Carlos (2019), "Decomiso y extinción de dominio", 1º ed, Córdoba, Alveroni Ediciones.
- RIVERO EVIA, Jorge "El Hecho Ilícito Como Elemento de la Acción de Extinción de Dominio", Editorial Tirant Lo Blanch, México, 2021.
- SANCINETTI, Marcelo A., "Dictamen sobre proyectos de leyes así llamados de Arrepentido y de Extinción de Dominio", Buenos Aires, 2016.
- SANTOS, Manuel "Decomiso de Criptoactivos"; del libro "Criptomonedas en Argentina: Una mirada integral de la nueva moneda digital" compilado por Ricardo Antonio Parada y José Daniel Errecaborde. - 1a ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires : Errepar, 2021.
- SANZ MULAS, Nieves (2020), "Política Criminal", 1º ed., Buenos Aires, Hammurabi.
- SOLER, Sebastián (1992), "Derecho Penal Argentino", Tomo II, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, Actualizador Guillermo J. Fierro.

- SORAGNI, Carolina Belén, “El recupero de activos bajo el ordenamiento jurídico argentino: ¿Debe ser considerado el decomiso necesariamente de naturaleza penal?”, Maestría en Derecho Penal de la Universidad de San Andrés, 2020.
- TERRAGNI, Marco Antonio, “Decomiso sin condena”, abril 2019.
- VILLALPANDO, W. (2014), “Crimen Organizado Transnacional”, Editorial Astrea.
- ZAFFARONI, Eugenio R. “Tratado de Derecho Penal”, Tomo V.
- BIAGOSCH, Zenón (2012), “El GAFI, tras la Evasión Fiscal”, FidesNet.
- ZOCARO, Marcos, “Manual de Criptomonedas”, Ed. Osmar D. Buyatti, 2020.
- CICAD-OEA (1999), Reglamento Modelo de la CICAD-OEA
- Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción.
- Convención de las Naciones Unidas para la represión de la financiación del Terrorismo.
- Convención Interamericana contra el Terrorismo.
- Convención Interamericana contra la Corrupción.
- Convención sobre la lucha contra el cohecho de Funcionarios Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales, firmado en Francia en el año 2000.
- Convenio de Estrasburgo.
- Convention on Laundering, Search, Seizure and Confiscation of the Proceeds from Crime.
- Council of Europe Convention on Laundering, Search, Seizure and Confiscation of the Proceeds from Crime and on the Financing of Terrorism.
- GAFI, Informe: “Activos Virtuales - Señales de alerta de LD/FT” (2014).
- GAFISUD (2012), "Estándares Internacionales sobre la Lucha contra el Lavado de Activos y el Financiamiento del Terrorismo y la Proliferación", Febrero 2012.
- GAFISUD (2018), “Informe de Evaluación Mutua de la República de Colombia”.
- ONU (1988), “Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas”, Ciudad de Viena, Austria.
- ONU (2000), “Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional”, Ciudad de Palermo, Italia.
- ONU (2004), "Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción", Ciudad de Nueva York, Estados Unidos de América.
- UNODC (Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito 2019), Crimen Organizado.
- UNODC (2011), "Ley modelo sobre extinción de dominio", Programa de Asistencia Legal para América Latina y el Caribe.
- Acuerdo Marco para la disposición de bienes decomisados de la delincuencia organizada transnacional en el MERCOSUR” del 17 de diciembre del año 2018.
- Decisión Marco del Consejo del 26 de junio de 2001, relativa al blanqueo de capitales, la identificación, seguimiento, embargo , incautación y decomiso de los instrumentos y productos del delito.

- Decisión Marco 2005/212/JAI del Consejo del 24 de febrero de 2005, relativa al decomiso de los productos, instrumentos y bienes relacionados con el delito.
- Decisión Marco 2006/783/JAI del Consejo del 6 de octubre de 2006, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de resoluciones de decomiso.
- Decisión 2007/845/JAI del Consejo del 6 de diciembre de 2007 sobre cooperación entre organismos de recuperación de activos de los estados miembros en el ámbito del seguimiento e identificación de productos del delito o de otros bienes relacionados con el delito.
- Decreto 2226/2008, Poder Ejecutivo Nacional.
- Cámara de Diputados de la Nación, Período Parlamentario 2018, Orden del día 922, del 27 de febrero de 2019.
- "Convenio de Colaboración entre la Unidad de Información Financiera y la Corte Suprema de Justicia de la Nación para el combate del Lavado de Activos, del Financiamiento del Terrorismo y otros Delitos contra el Orden Económico Financiero", Celebrado en el mes de marzo de 2017.
- Causa N° 18579/06, caratulada "SKANSKA S.A. y otros s/ defraudación contra la administración pública", del registro del Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal N° 7, Secretaría N° 13.
- "Colegio de Escribanos de la Provincia de Bs. As c. PEN s/ sumarísimo".
- Causa N° A-5/09- Tribunal Oral Federal N°2 en autos caratulados:"ALTAMIRA, Jorge Guillermo y otros p.ss.aa infracción ley 23737..." DEFINITIVA. Antecedentes: Expediente N° 13.799/07 del Juzgado Federal de Primera Instancia n° 2 de esta ciudad.
- Causa ° 1941- Tribunal Oral en lo Penal Económico n° 2, caratulada "ACOSTA AGUILERA , Luz María y GUZMÁN RAMÍREZ, Francisco Javier s/ contrabando e infr. arts. 278 inc. 3 y 277 inc. 3 apartado "b" del CP.
- U.S. Supreme Court, "United States v Ursery", 518 U.S. 267, 24 de junio de 1996.
- Informe de Gestión UIF 2014, 1° edición - Buenos Aires, Argentina Unidad de Información Financiera, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, 2014.
- Informe de gestión de la Unidad Fiscal Especializada en Ciberdelincuencia 2020, edición septiembre 2021.
- Informe Anual 2020 del Ministerio Público Fiscal de la Nación, publicado en el año 2021.
- <https://www.unodc.org/toc/es/crimes/organized-crime.html>
- <https://www.fatf-gafi.org/countries/>
- https://www.bbc.com/mundo/noticias/2015/04/150410_eeuu_policia_confiscacion_civil_az
- <http://penaleconomico.blogspot.com/2011/07/primeras-condenas-en-argentina-por.html>
- <https://cpcecba.org.ar/noticias?idn=4579#:~:text=Desde%20la%20sanci%C3%B3n%20de%20la,y%20otro%20en%20Capital%20Federal.&text=De%20hecho%2C%20seg%C3%BAn%20el%20sitio,se%20sancion%C3%B3%20la%20ley%20anterior.>

- <https://www.fiscales.gob.ar/criminalidad-economica/a-diez-anos-de-la-ley-que-reestructuro-el-delito-de-lavado-el-rol-y-el-enfoque-de-la-procelac-y-un-repaso-estadistico-de-sentencias/>