

Comentario al fallo "Bobinas Blancas"

¿Hace falta contar con regulación específica respecto de criptoactivos para poder ser utilizados en un hecho de lavado de activos?

Manuel Santos

I. Introducción [\[arriba\]](#)

El ritmo del desarrollo tecnológico en estos últimos tiempos ha sido inimaginable. Sus beneficios son aprovechados en todas las facetas de nuestra vida, desde la medicina hasta el transporte. Y se encuentra en constante evolución, siendo realmente imposible prever el nuevo rumbo que tomará.

En ese contexto, nacieron las criptomonedas. Pensadas originalmente como una forma de evitar el sistema bancario tradicional, su adopción en el mundo, y específicamente en Argentina, es algo que no deja de fascinar. Sus múltiples beneficios, dentro de los que se encuentran la celeridad, la transparencia y las facilidades de su sistema, hacen que cada vez más personas hagan uso de las mismas. Incluso más, algunos Estados han empezado a verlas con un poco más de confianza.

Pero así como con toda tecnología innovadora, originalmente pensada para el bien, siempre existe quien se aprovecha para su ganancia personal. Así, el crimen organizado ha descubierto en las criptomonedas un gran aliado. Justamente su pseudo anonimato y su incipiente regulación a nivel mundial facilitan su uso indebido, facilitando la transnacionalidad del crimen, pudiendo remitir grandes sumas de dinero sin ser detectados por organismos de contralor.

Es así como nos topamos con "Bobinas Blancas". Como veremos, en la misma se entrecruzan hechos tan típicos como el narcotráfico, con complejas maniobras de lavado de activo, realizadas a partir del uso de criptoactivos.

II. Hechos del caso [\[arriba\]](#)

El fallo que aquí se comenta fue emitido por la Cámara Federal de Apelaciones de San Martín, Sala I, Sec. Penal No 3, el 27 de noviembre de 2017. Dicho pronunciamiento se motivó en el recurso de apelación deducido contra la sentencia del Juzgado Federal de Campana, de fecha 6 de julio de 2017, en el marco de la causa FSM 7130/2017, mejor conocida como "Bobinas Blancas", por medio de la cual se resolvió confirmar el procesamiento de Emmanuel García, entre otros, por ser considerado autor penalmente responsable del delito de lavado de activos.

Esta causa fue iniciada a raíz de una colaboración espontánea de los Estados Unidos de América, concretamente a través de su oficina contra el narcotráfico, mejor conocida como DEA ("Drug Enforcement Agency", por sus siglas en inglés). Luego de un largo proceso investigador, se pudo comprobar que un grupo de personas, varias de las cuales eran de origen mexicano, sindicados como los líderes de la organización, fabricaban la droga en nuestro país, y posteriormente la camuflaban en bobinas de aceros, para ser exportadas a Europa.

Es por eso que los Camaristas estuvieron de acuerdo con lo aseverado por el Juez de primera instancia en cuanto a que se encontraba acreditada "la existencia de

una empresa criminal montada en nuestro país por ciudadanos mexicanos que actuó junto a nacionales que les permitieron el armado de la logística local, con una amplia capacidad operativa, con recursos y medios económicos, que a través de la utilización de estructuras formales de apariencia lícita, tenía como específico objetivo el envío de material estupefaciente hacia el exterior, España o Canadá (...)”[1].

Ahora bien. Como se dijo con anterioridad, nos interesa el rol que cumplía Emmanuel García en este entramado. Este individuo, dueño del sitio web coinstructor.com.ar, se dedicaba al envío y recepción de bitcoins para transacciones comerciales. Concretamente, era un servicio de giro de divisas internacionales, en formato bitcoin, a contrareembolso en dólares, liquidados por su propia persona.

Su vínculo con los narcotraficantes se dio de esta manera. Estos individuos necesitaban introducir dólares ilícitos a nuestro país, para solventar toda su operación ilícita, sin generar alertas en el sistema bancario financiero en México, así como en Argentina. Así se contactaron con García, a quien le remitieron Bitcoins, los cuales fueron liquidados en dólares, en efectivo, en nuestro país: en su indagatoria, aclaró que fueron cerca de ocho operaciones por un total de cuatrocientos mil dólares, aproximadamente.

III. “Mercado” [\[arriba\]](#)

Uno de los argumentos utilizados por la defensa del imputado García fue que no era posible considerar su actividad como ilegal, en tanto los Bitcoins, en nuestro país, no se hallaban regulados; y, por lo tanto, no podía ser considerado autor del delito de lavado de activos.

Es decir que la cuestión dependerá de cómo respondamos a la siguiente pregunta: ¿es necesario contar con un marco regulatorio administrativo específico de criptoactivos para que los mismos puedan ser utilizados en una maniobra de lavado de activos, y, por ende, ser considerado autor de tal delito? Para responder esta pregunta, hay que analizar con un poco más de detalle el tipo penal del lavado de activos, del art. 303 de nuestro Código Penal, en especial, las acciones típicas.

De acuerdo a la actual tipificación del delito en el Código Penal, luego de enumerar diversos verbos[2], el mismo quedará configurado con la cláusula de escape: “...de cualquier otro modo pusiere en circulación en el mercado...”. Existen más de cuarenta acepciones para dicho verbo, de acuerdo a la Real Academia Española, pero la que más se adapta al delito que nos atañe aquí parece ser la siguiente: “disponer algo para un cierto fin”. En ese sentido, se puede concluir que el verbo se adapta fácilmente a la utilización de criptoactivos en maniobras de lavado.

Ahora bien. Resta analizar la última parte de este extracto: el mercado. No hay una única interpretación de que es lo que se quiere decir con este vocablo, al no ser un concepto netamente jurídico. Tal como enseña SILVA SÁNCHEZ, “...por regla general, los legisladores penales no han optado por una regulación penal autónoma de la materia penal-económica, mediante la conformación de tipos cerrados; al contrario, se han decidido por hacerla accesorio (o dependiente) de las regulaciones preexistentes en el ámbito jurídico-público y jurídico-privado”[3].

Para nuestro caso concreto, la cuestión, a mi criterio, pasa por determinar qué tipo de elemento es "...en el mercado". Es decir, si debemos utilizar un concepto contemplado por nuestro ordenamiento o utilizar lo que otra ciencia nos pueda aportar, en este caso, la economía. Así, debemos recurrir a las diversas fuentes que tenemos en el ordenamiento jurídico.

En el Libro Primero, Título XIII de nuestro Código Penal, el legislador decidió no definir lo que debe entenderse por "mercado" en el contexto penal, haciendo meras alusiones a "mercadería" y "mercado de capitales".

Lógicamente, la siguiente fuente de conocimiento es el Código Civil y Comercial. En el mismo, no se encuentra una definición jurídica de qué es el "mercado". Las menciones que hace, mayoritariamente, hacen referencia al "mercado de capitales", o como en el art. 11, referido al abuso de posición dominante "en el mercado". Me parece interesante remarcar el caso del art. 1114[4], cuando habla de la imposibilidad de devolver la prestación acordada en un contrato, hace responsable a la contraparte de devolver "el valor de mercado de la misma"; es decir, el legislador define la compensación en un valor que no se encuentra taxativamente definido en la ley, sino en un valor que se definirá de acuerdo a lo que el contexto mercantil establezca.

En última instancia, entonces, es menester recurrir a la Ley de Defensa de la Competencia, la cual regula, en consonancia, pero con mayores precisiones, la misma materia que el artículo mencionado en el párrafo anterior. Así, en una primera aproximación, podemos ver que tampoco se define qué es lo que se entiende por "mercado" en nuestro país. Prueba de ello es el art. 1[5], donde se plasma el objeto de la ley, el cual es proteger el mercado.

Por lo que queda claro que el Legislador argentino ha decidido, conscientemente, no definir lo que debe entenderse por "mercado". Así, no queda otro camino que recurrir a la ciencia de la Economía para intentar encontrar mayores precisiones respecto a qué debe entenderse por este tan importante vocablo.

SAMUELSON, reconocido autor estadounidense, referente en la ciencia económica, dice que "...el mercado debe concebirse como un mecanismo mediante el cual los compradores y los vendedores pueden determinar los precios e intercambiar bienes y servicios. (...) se caracteriza fundamentalmente por reunir a los compradores y a los vendedores para fijar los precios y las cantidades"[6]. El Banco Central de nuestro país lo define de similar manera[7]. Sumado a lo anterior, y con las salvedades de encontrarnos en un país en el que no se practica una economía libre de intervención estatal -no existe en todo el mundo un ejemplo perfecto de esto-, dice "...la mayor parte de nuestra vida económica ordinaria avanza sin intervención del Estado, y ésta es la verdadera maravilla del mundo social"[8].

Se refiere básicamente a que el mercado se define a sí mismo, por su propia interacción, que se da a través de las reglas de la oferta y la demanda, la cual, en la mayoría de los casos, se da libre de intervención estatal.

Teniendo en cuenta lo expresado en párrafos anteriores, hay buenas razones para considerar que la decisión adoptada por el legislador de no definir normativo jurídicamente qué es el "mercado" tiene un sentido práctico elogiado. No es posible, o, mejor dicho, no es lógico restringir en un compendio legal una materia

que avanza a su propio paso, por lo general, adelantada a cualquier regulación, que siempre llegará después que el propio acontecimiento.

Sí es cierto que la economía necesita, para su crecimiento saludable, un marco legal con reglas claras para poder desarrollarse sin mayores distorsiones. Esto, claro está, no se traduce en la necesidad de una definición de “mercado”, ya que el mismo, por su propia lógica, no se dejará encasillar. El mencionado art. 1114 del Código Civil y Comercial parece un claro ejemplo de este bien logrado equilibrio.

Por lo que, teniendo en cuenta todo lo anterior, parece necesario definir, desde un punto de vista del tipo penal, y en este caso, del lavado de activos, qué tipo de elemento es “...en el mercado”. Concretamente, si es un elemento descriptivo o normativo. Como la gran mayoría de los temas de derecho penal, estos también son ampliamente debatidos en la doctrina.

MIR PUIG define a los elementos descriptivos como aquellos “...que expresan una realidad naturalística aprehensible por los sentidos”[9], haciendo notar que a veces necesitarán de precisión con arreglo a criterios valorativos, mientras que los normativos son aquellos “...que aluden a una realidad determinada por una norma jurídica o social”, pudiendo distinguirse, como bien dice, entre jurídicos y sociales, y a la vez, en elementos referidos a una valoración y a un sentido.

ROXIN los define de un modo similar, aunque en la categoría de normativos, también añade que las valoraciones pueden ser de un margen especialmente amplio o venir en gran medida preestablecidas[10].

De modo similar, BACIGALUPO adhiere a la categorización que hacen estos autores, aunque le otorga un rol preponderante a los elementos normativos, enfatizando en que lo relevante será la justificación que haga el Juez en la sentencia: “la diferencia radica en que cuando se valora sobre la base de normas jurídicas vigentes el tribunal o el juez no necesita justificar la existencia de la misma, mientras que cuando la valoración se apoya en una norma extrajurídica la justificación de ésta es imprescindible”[11].

Con todo, de la misma definición de las categorías se puede notar que se entrelazan. Es decir, existen elementos que pueden tener notas descriptivas pero que refieren a conceptos normativos, y viceversa: “...en la definición usual de elementos descriptivos y normativos apenas se presentan circunstancias puramente descriptivas o normativas, pues incluso elementos a primera vista descriptivos, como ‘sustraer’ o ‘edificio’, en los casos dudosos deben interpretarse conforme al fin de protección del correspondiente precepto penal y por tanto conforme a criterios normativos”[12]. ROXIN finalmente sentencia diciendo que “desde este punto de vista no importa tanto la (casi imposible) separación de elementos descriptivos y normativos, cuanto reconocer que la mayoría de los elementos del tipo son una mezcla de elementos normativos y descriptivos, en los que tan pronto predomina un factor como el otro”[13].

Por lo que hay que concluir que no será imperativo definir si es un elemento descriptivo o normativo, sino simplemente expresar que es un elemento del tipo[14]. Es decir, el tipo exige que se introduzca, de la manera que sea, en el mercado. Afirmaba MEZGER:

“el propio legislador, para fijar la base de la conminación de la pena, puede emplear ‘descriptivamente’ los recursos del lenguaje corriente, como ocurre cuando habla en el código penal, por ejemplo, de la ‘muerte’ de un ‘hombre’ (...). Pero el legislador puede también señalar ‘en forma valorativa (normativa)’ ciertas relaciones que concluyen en otro juicio y valoración. Aquí, ya no se trata de una simple descripción de situaciones y sucesos externos a los que el legislador podría atenerse sin más, sino de determinaciones que requieren, de parte del mismo juez, una valoración y un juicio más circunstanciados, de acuerdo con su propio criterio u otros principios, como ser la costumbre, la conveniencia, las normas que se siguen normalmente en el trato con las personas”[15].

En última instancia, independientemente de la categorización que tomemos, la valoración la tendrá que hacer el Juez, siempre dentro del marco legislativo propio de nuestro país, pero sin negar que es una persona no ajena a la cultura en la que se desarrolla como individuo.

Es, entonces, el Juez quien valorará, de acuerdo a los hechos del caso, si una cierta situación se puede subsumir en el tipo penal del lavado de activos, sin necesidad, en principio, de tener que remitirse a otra norma o precepto no penal. Así, en el caso de García, nada obsta a que sea condenado por ser autor del delito de lavado de activos, por más que los Bitcoins no cuenten con una regulación específica en nuestro país.

Es claro, de los hechos fácticos que rodean al caso, y de la misma realidad de nuestro país, que existe “mercado” de criptoactivos, y de Bitcoin en concreto. No es óbice para el juez penal el hecho de que no se cuente con una regulación en la materia. La CSJN ha fallado en este sentido en múltiples ocasiones, aunque vale la pena citar lo resuelto en la causa “Yofre”: “la exégesis de la ley requiere la máxima prudencia, cuidando que la inteligencia que se le asigne no pueda llevar a la pérdida de un derecho, o el excesivo rigor de los razonamientos no desnaturalice el espíritu que ha inspirado su sanción (...) el espíritu que la nutre [a la ley] ha de determinarse en procura de una aplicación racional, que elimine el riesgo de un formalismo paralizante; en necesario buscar en todo tiempo una interpretación de lo que las normas, jurídicamente, han querido mandar”[16]. La finalidad del art. 303, inc. 1, en consonancia con los instrumentos internacionales que nuestro país ha suscripto es evitar el goce del producto de ilícitos penales, a través de complejas maniobras para disimular su origen.

En el caso que nos atañe se utilizaron Bitcoins para lavar fondos ilícitos procedentes de los carteles del narcotráfico mexicano, procurando ingresarlos por canales informales, evitando así levantar cualquier tipo de alarma. Otra discusión distinta, es si sería aconsejable que existiera una regulación y cuáles serían sus límites esperables, pero ello escapa al alcance de este trabajo.

Me parece interesante mencionar en el caso de estudio de la noción de “Patrimonio” en los delitos contra el patrimonio. Entiendo que, en esta materia tan específica, el trabajo realizado por GALLEGO SOLER se destaca. En éste, el autor intenta definir qué es el patrimonio, y los categoriza en cuatro posibilidades, de acuerdo al desarrollo doctrinario: jurídico, económico, mixto y personal.

En cuanto al concepto jurídico de patrimonio, se entiende que el mismo está integrado “por la suma de todos sus derecho y deberes patrimoniales reconocidos

por el derecho privado”[17]. Es decir, en éste caso, se necesita que haya un derecho previo para poder hablar de patrimonio.

La posición posterior, superadora de la jurídica, habla de un concepto económico de patrimonio: “Para que un bien integra el patrimonio es independiente que se concrete o no en un derecho subjetivo, o de que sea susceptible de reconocimiento jurídico, basta con la tenencia del poder de disposición (económica) sobre los bienes (económicos)”[18]. Aquí, a diferencia de la postura anterior, se trasciende lo jurídico y se tiene en cuenta únicamente parámetros económicos.

La postura mayoritaria en los países europeos de España y Alemania es aquella denominada “mixta”, la cual, como suele suceder con frecuencia en el derecho, es una tesis intermedia de las dos previas, que adopta características de cada una. Así, parte del mismo concepto de patrimonio de la tesis económica, “se consideran elementos patrimoniales las posiciones, objetos o situaciones evaluables económicamente; (...) a partir de aquí también es común a todas las posturas (...) la introducción de algunas restricciones normativas, pero que se concretan de muy distinta forma”[19].

Por último, el último concepto parece ser el conciliador de todos los anteriores, denominado concepto personal y funcional del patrimonio. Aquí, lo que se tiene en cuenta es el aspecto subjetivo, es decir, las perspectivas de cada persona sobre su patrimonio. Es decir, “se trata de una teoría que considera, en términos generales, las representaciones y preferencias subjetivas del titular patrimonial para definir el concepto mismo de patrimonio y, ligado a él, el de perjuicio patrimonial”[20]. Son personales y funcionales porque se tiene en cuenta la función o rol que cumple dicho bien para la persona en cuestión, por sobre el valor intrínseco material.

Aquí parece posible afirmar que se podría encontrar otro fundamento para la conclusión a la que se arribó con anterioridad. Como bien dije, no es necesario contar con una regulación específica para un activo, para poder ser pasible de ser utilizado para lavar fondos ilícitos. Sumado a esto, podríamos considerar suficiente el hecho de que la persona que realiza estas operaciones considere que las mismas son parte de su sustento y actividad económica diaria, para considerarlas válidas a los fines de la imputación del lavado. Me refiero a que, tal como lo mencionamos en la teoría denominada concepto personal y funcional del patrimonio, lo mismo puede decirse para el mercado y hablar de un concepto personal y funcional del mercado: valorando el factor subjetivo de la persona que hace uso de los criptoactivos, ya se puede considerar que hay mercado, a los fines de imputarle su autoría en el delito de lavado de activos.

IV. Conclusión [\[arriba\]](#)

Hemos visto, entonces, que el argumento de la defensa no parece sólido. En atención a la finalidad del tipo penal del lavado de activos, el cual se refiere a atacar el provecho económico que dejan las actividades ilícitas, es indistinto que un instrumento financiero se encuentre o no regulado administrativamente para que el mismo pueda ser utilizado en una maniobra de lavado de activos. Es completamente ilógico sostener lo contrario, lo que dejaría carente de finalidad al tipo penal.

Esto se encuentra en consonancia con los lineamientos con la Convención de Viena y la de Palermo, y con las sugerencias hechas por el organismo internacional líder en esta materia, el GAFI; éste ya alertado en más de una ocasión sobre las facilidades que provee este tipo de tecnologías a la delincuencia transnacional. Esta tecnología, compleja sin duda, al menos desde el punto de vista de un abogado penalista, pone en jaque a los sistemas de prevención del lavado de activos, no sólo de nuestro país, sino del mundo entero.

Lo cierto es que existen otros temas no desarrollados en el presente trabajo que pueden llegar a ser todavía más debatibles en esta temática, como puede ser respecto a la idoneidad de los criptoactivos para cumplir con el resultado del tipo penal. La judicatura deberá estar atenta a este

Notas [\[arriba\]](#)

[1] Causa No 7130/2017/34/CA5 (8162), carátula: “Legajo No34 - Imputado: Rodríguez Córdova, Macx y Otros s/ Legajo de Apelación”, del Juzgado Federal de Campana, Secretaría Penal No3, Registro de Cámara: 8193, fs.19.

[2] CÓRDOBA, Fernando, “Delito de Lavado de Activos”, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2017, pág. 31.

[3] SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, “Fundamentos del Derecho Penal de la Empresa”, Editorial B de F, Buenos Aires, 2017, pág. 56.

[4] Art. 1114, Código Civil y Comercial de la Nación - Imposibilidad de devolución. La imposibilidad de devolver la prestación objeto del contrato no priva al consumidor de su derecho a revocar. Si la imposibilidad le es imputable, debe pagar al proveedor el valor de mercado que la prestación tiene al momento del ejercicio del derecho a revocar, excepto que dicho valor sea superior al precio de adquisición, en cuyo caso la obligación queda limitada a este último.

[5] Art. 1, Ley N° 25.156 - Están prohibidos y serán sancionados de conformidad con las normas de la presente ley, los actos o conductas, de cualquier forma manifestados, relacionados con la producción e intercambio de bienes o servicios, que tengan por objeto o efecto limitar, restringir, falsear o distorsionar la competencia o el acceso al mercado o que constituyan abuso de una posición dominante en un mercado, de modo que pueda resultar perjuicio para el interés económico general.

[6] SAMUELSON, Paul A., NORDHAUS, William E. y PEREZ ENRRI, Daniel, “Economía”, Editorial Mc Graw Hill, Buenos Aires, 2003, p. 29.

[7] Banco Central de la República Argentina (BCRA), “Mercado” es definido como “Lugares, instituciones o medios tecnológicos en los que frecuentemente se intercambian bienes y servicios”, fuente:

http://www.bcra.gov.ar/BCRAyVos/diccionario_financiero_tabla_M.asp

[8] Idem, p. 29.

[9] MIR PUIG, Santiago, “Derecho Penal. Parte General”, Editorial B de F, Barcelona, 2016, p. 240.

[10] ROXIN, Claus, “Derecho Penal. Parte General”, Tomo I, Editorial Civitas, Madrid, 2015, p.305.

[11] BACIGALUPO, Enrique, “Derecho Penal. Parte General”, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2007, p. 229.

[12] ROXIN, Claus, “Derecho Penal. Parte General”, Tomo I, Editorial Civitas, Madrid, 2015, p.306.

[13] ROXIN, Claus, “Derecho Penal. Parte General”, Tomo I, Editorial Civitas, Madrid, 2015, p.307.

[14] Cfr. JAÉN VALLEJO, Manuel, “Cuestiones actuales del derecho penal económico”, Editorial AdHoc, Buenos Aires, 2004, p. 33, citado en BLANCO, Hernán, “Lavado de activos por sujetos obligados”, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2011, p. 133/142. La discusión se da en torno a si es un elemento normativo del tipo o si el lavado de activos es un supuesto de ley penal en blanco, atento a lo cual se cita a JAÉN VALLEJO, al decir que ciertos elementos, inevitablemente, quedarán como indeterminados.

[15] MEZGER, Edmund, “Derecho Penal. Parte General”, Editorial Bibliografía Argentina, Buenos Aires, 1958, p. 146.

[16] “YOFRE DE VACA NARVAJA SUSANA c/ MINISTERIO DEL INTERIOR s/RESOL. MJDH 221/00 (EXPTE 443459/98)”, 11/03/2004, Y. 43. XXXVIII. REX, fs. 7/8.

[17] GALLEGU SOLER, José Ignacio, “Responsabilidad Penal y Perjuicio Patrimonial”, Editorial BdeF, Buenos Aires, 2015, p. 104/105.

[18] Idem., p. 132/133.

[19] Idem., p. p.147/148

[20] Idem., p. 179/180.