

El delito fiscal como subyacente/antecedente del delito de blanqueo de capitales

Francisco Capozzolo

1. Planteo del objeto de estudio [\[arriba\]](#)

La Ley N° 26.683/2011 sustituye el art. 6 de la Ley N° 25.246 y modificatorias estableciendo que la Unidad de Información Financiera será la encargada del análisis, el tratamiento y la transmisión de información a los efectos de prevenir e impedir: 1. El delito de lavado de activos (art. 303 del Cód. Penal), preferentemente proveniente de la comisión de: (...) j) Delitos previstos en la Ley N° 24.769”, dejando zanjada definitivamente la cuestión de si es posible, formalmente al menos, que el dinero proveniente de la evasión fiscal podía ser objeto del delito de blanqueo.

El art. 303[1], inc. “1” del CP no especifica cuáles son los ilícitos precedentes respecto de los que provienen el dinero blanqueado. Hasta la actual redacción del mencionado artículo, el cual refiere a los bienes procedentes de un ilícito penal, se hacía referencia al delito del cual provenían los bienes que luego serían lavados, aparentemente acotando las conductas de las cuales pudiese provenir el dinero blanqueado. Por el contrario, no se confeccionó un catálogo de delitos de los cuales pudiese provenir el dinero luego lavado, tampoco ahora se lo hace. En esta inteligencia, la exigencia del objeto material de la figura de blanqueo de capitales[2] es que los bienes provengan o hayan sido obtenidos como consecuencia de la comisión de un ilícito por parte del mismo autor, otra persona u otras personas. Este vínculo entre el bien que se pretende legitimar mediante el blanqueo y el ilícito previo es esencial para la configuración del lavado.

Ahora bien, hasta la promulgación de la Ley N° 26.683 no se incluía expresamente a los delitos tributarios dentro del Régimen Administrativo que regulaba, entre otras cosas, las facultades de la UIF y los criterios en base a los cuales este organismo debía aunar sus esfuerzos para investigar y prevenir el BdC de ciertos delitos que eran precedentes al mismo. Porque la actual redacción del artículo 303, inc. 1° del CP no se indica expresamente ningún grupo de ilícitos o delitos precedentes. El primer sistema empleado consistió en referir a las actividades de blanqueo a una o varias especies de delitos de base en concreto que se referían en particular al producto del narcotráfico, para luego ir ampliándose, hasta la situación actual en donde pareciera que los bienes provenientes de cualquier delito pueden ser objeto material del BdC.

Entonces, luego de esta nueva situación que incluye expresamente a los delitos incluidos en la Ley N° 24.769 como uno de los cuales la UIF deberá avocarse a investigar y que puede ser precedente del de lavado, surge la siguiente pregunta: cabe preguntarse si corresponde resolver por las reglas del concurso real, según lo establecido en los arts. 55 y 56 CP, o ideal (art. 54 CP) la concurrencia entre el delito fiscal y el posterior blanqueo del dinero no tributado incumpliendo el deber fiscal correspondiente. Cuestión de mucha relevancia, dado que de mediar un concurso real entre los delitos de BdC y fiscal, se podría acumular una pena de prisión de hasta 19 años (delito fiscal del art. 1, agravado por el uso de facturas apócrifas según lo establecido en el art. 2 inc. “d”, y el delito de lavado del 303 inc. 1 del CP). Esta fue una de las causas que motivó el presente, alertados por la

posibilidad de que un individuo enfrente penas extremadamente altas, de acuerdo al sistema de penas de nuestro digesto de rito, en relación a la conducta realizada.

Habiendo preliminarmente realizado un breve bosquejo del eje de la situación jurídica actual y por las razones que se desarrollarán a lo largo del presente, adelantaré la tesis que se sostiene en el presente trabajo, cual es:

Incluso sosteniendo que los hechos imputados a un mismo autor pueden ser subsumidos formalmente bajo los tipos del delito fiscal y del de BdC, ambos tipos concurren como un aparente concurso de normas que excluye el delito de BdC por ser un acto posterior copenado (no impune).

Ahora bien, acotará aún más el objeto de estudio de la presente tesis a los supuestos establecidos en el art. 1 (evasión simple)[3] y en su modalidad agravada según el art. 2 inc. "d"[4], de la Ley 24.769. En este sentido, el caso paradigmático del presente trabajo se puede formular en los siguientes términos:

El obligado tributario, cuya actividad comercial consiste en la producción de uvas para proveer a las bodegas de vino, que evade el pago del impuesto en concepto de ganancias por la suma de AR\$ 400,000 por el período fiscal 2011, mediante el uso de facturas apócrifas (para elevar ficticiamente el monto en concepto de gastos de la empresa). Posteriormente, utiliza, al menos, AR\$ 300,000 del monto evadido fiscalmente para el pago de gastos corrientes y reinversión de capital de la empresa (en adelante, "Caso 1").

A continuación se expondrá una variante al caso a fin de clarificar la problemática planteada por el anterior, y las razones que llevan a elegir la solución aquí propuesta: lo único que se modifica en el supuesto de hecho original es que el autor que evade el impuesto correspondiente no es el mismo que quien luego lo utiliza - por ejemplo, la Sociedad Anónima X es quien evade el impuesto y el Director Y, Director Titular de la Sociedad X, es quien lo utiliza para la compra de bienes inmuebles y muebles. El contribuyente obligado a pagar la alícuota al Fisco no es el mismo que quien luego utiliza o usa ese dinero que ha dejado de ingresar en la Hacienda Pública (en adelante, "Caso 2").

En definitiva, la solución propuesta aquí tiene como finalidad evitar la sanción de penas exageradas, desproporcionadas en la medida que no guardan relación la conducta disvaliosa del autor y el consiguiente reproche penal. En este sentido, el objetivo es dar motivos para considerar a la interpretación propuesta como adecuada, sistemática y respetuosa de los principios penales, de manera de eludir la consideración fraccionada de la hipótesis típica - delito de evasión tributaria seguido del delito de lavado de activos - que lleva a resultados absurdos en el entendimiento de las penas propuestas por nuestro digesto de rito.

En este sentido, precisamos el objeto material del BdC a fin de incluir dentro del supuesto típico las conductas que suponen un mayor disvalor social que justifican su inclusión dentro del Código Penal. Al establecer que el aseguramiento, aprovechamiento o uso del dinero obtenido como consecuencia de la cuota fiscal defraudada constituye, desde un punto de vista material, una parte del delito cometido y debe ser sancionada conjuntamente con este en tanto se trata de hechos posteriores copenados, se acota el ámbito de punibilidad del delito de BdC relevantemente. Desechando, así, las hipótesis que, por las razones que se expondrán, no debieron estar incluidas dentro del tipo de blanqueo. No obstante lo cual, se

dejará asentado que, a diferencia de lo que ocurre con el delito de encubrimiento, para que el acto posterior sea copenado debe ser justamente eso, penado. Si así no fuere, entonces hay buenas razones para sostener que se puede perseguir a quien evadió impuestos por el delito de BdC.

Por otro lado, no se abordará la problemática relativa a la determinación del dinero correspondiente a la alícuota evadida, del patrimonio del obligado, y su posterior aplicación en el mercado lícito. Este es un problema probatorio, esto es, cómo determinar que el dinero luego aplicado en el mercado legal por parte del obligado que evadió se corresponde o no al dinero que ha dejado de pagar en concepto de tributos. Por lo pronto decir que esto excede a la presente, debido a que es un problema que se puede solucionar casuísticamente a partir de algún criterio de selección, el cual determine cuándo y en qué medida el patrimonio del obligado evasor se encuentra contaminado por no haber disminuido su patrimonio por el pago de la obligación tributaria correspondiente y, consecuentemente, la aplicación del dinero posterior al vencimiento de la obligación tributaria pueda ser objeto del delito de BdC. Esto plantea serios problemas debido a la fungibilidad del dinero y la dificultad, en muchos casos, de determinar del patrimonio del evasor qué parte se corresponde al tributo que se ha evadido y que parte es lícita. Creemos que las cuestiones probatorias no deberían demarcar las soluciones y alternativas propuestas en el marco de la dogmática penal.

2. Antecedentes del tipo de lavado de activos [\[arriba\]](#)

La finalidad de este acápite es el de analizar los antecedentes legislativos en materia de tipificación del delito de lavado de activos, que dieron pie al actual tipo del art. 303 del CP, para entender de una manera más acabada el planteo aquí propuesto. Esto es, entender de adónde surge la necesidad de investigar, perseguir y (eventualmente) condenar al lavado de activos a nivel global y, en especial, local -sin profundizar de manera específica en las actividades de los actores económicos y de las autoridades de contralor que han desarrollado para la prevención de conductas particularmente complejas, como las incluidas en el tipo de lavado[5]- y notar como esta realidad criminal compleja fue el origen de la elaboración de un tipo amplio y abarcador de casi todas las conductas posibles de lavado. Es de interés describir la realidad criminal económica que precede al tipo de lavado para entender la evolución del mismo, desde su aparición en el marco de la ley contra el narcotráfico, y analizar cómo fueron mutando los elementos del tipo a fin de combatir al lavado (esta es otra premisa que se elaborara a continuación, cual es, que el tipo de lavado es uno de combate y no exclusivamente de protección de bienes jurídicos). En definitiva, el propósito aquí es mostrar que el tipo de lavado prevé un abanico amplio de conductas típicas a fin de luchar eficientemente contra la criminalidad organizada, tal como fue concebido originariamente, debido a que se advirtió que se podía utilizar para reforzar y asegurar la punibilidad del delito subyacente.

2.1. Marco general del Derecho Penal Económico

Previo a entrar en las particularidades del delito de BdC y, en el próximo punto, al delito de evasión fiscal, creemos conveniente explicar el marco general aplicable a ambas figuras: qué entendemos por derecho penal económico. Así, entendemos por sistema económico al conjunto de las estructuras que se encuentran organizadas para satisfacer las necesidades

de los hombres a través de la utilización racional y eficiente de los medios y recursos disponibles.

Explica Bottke que delito económico, en sentido amplio, puede ser entendido como el comportamiento delictivo de personas que en las unidades económicas de producción o distribución de bienes o prestación de servicios, poseen posiciones que posibilitan la delincuencia en relación a estas unidades económicas y que el delito económico, en sentido estricto, pretende proteger las condiciones esenciales de funcionamiento del sistema económico[6].

Miranda Gallino explica que el delito económico es la conducta punible que produce una ruptura en el equilibrio que debe existir para el normal desarrollo de las distintas etapas del hecho económico; o bien, la conducta punible que atenta contra la integridad de las relaciones económicas públicas, privadas o mixtas y que como consecuencia ocasiona daño al orden que rige la actividad económica[7].

Si bien es habitual que los delitos económicos terminen afectando al patrimonio individual, lo distintivo y común en estos delitos es que suponen la lesión de bienes jurídicos supraindividuales y resultan, a su vez, pluriofensivos, dada su capacidad para afectar a diversos patrimonios y bienes jurídicos en general. En definitiva, entendemos que el refuerzo que se hace a través de la tipificación de delitos de carácter económico, viene dado porque hay ciertas riquezas acumuladas[8] que operan en el mercado financiero/económico de manera tal de afectar directamente al orden público económico del Estado, o a su capacidad para proveer los servicios básicos esenciales (salud, justicia, educación y seguridad), y que trascienden al giro comercial habitual del agente económico que se trate.

2.2. Contexto Internacional del BdC

En 1980 el Club de París[9], comenzando con una acelerada actividad regulatoria del sistema financiero internacional, creó el Comité de Basilea, en el cual se le encomendó a sus integrantes la elaboración de una declaración destinada a las distintas instituciones bancarias con el fin de advertirles acerca de los riesgos que las actividades que desarrollaban podían tener para el BdC. Así, en 1988 el Comité de Basilea adoptó un acuerdo llamado “Prevención del Uso Delictivo del Sistema Financiero”, conocido también como Declaración de Principios del Comité de Basilea sobre el Lavado de Dinero, en el cual se buscó establecer pautas para el funcionamiento de las instituciones bancarias, señalando un número de reglas y procedimientos que deberían ser garantizados por los gestores de los bancos a fin de colaborar en la eliminación de las operaciones de BdC por medio del sistema bancario nacional e internacional.

Preliminarmente vale mencionar que las pautas de conducta (coloquialmente conocidas por su nombre en inglés, *compliance*) establecidas por los distintos organismos internacionales con incidencia, cualquiera que esta sea, en las políticas económicas de los países, no son iguales para todos ellos. Es decir, hay un marcado *double standard* de todos los organismos internacionales respecto al baremo a aplicar, que definen cuándo una conducta es socialmente adecuada o conforme al deber de cuidado, dependiendo si el país es emergente/periférico o desarrollado/industrializado. En el primer caso, las exigencias son notoriamente mayores. Ejemplificamos con dos cuestiones que son claras: la existencia de

paraísos fiscales[10] y las exigencias a la hora de tipificar el delito de BdC. La permisividad con la que continúan operando los llamados paraísos fiscales es sorprendente, sobre todo si se tiene en cuenta las Islas Vírgenes Británicas y las Islas de Man son territorios de la Corona Británica de ultramar, que tiene un peso específico propio en la determinación de políticas públicas internacionales en materia de BdC. O, por caso, basta con rever el tipo de BdC alemán - que se abordará más adelante - para notar como este país no tiene ningún problema en excluir al partícipe del delito subyacente del tipo de blanqueo, contrariamente a lo exigido a la Argentina en materia de tipificación del lavado.

Recapitulando, en el plano internacional, mostrando una creciente preocupación por el vínculo entre el BdC y las actividades criminales, en el marco de la Organización de las Naciones Unidas, el 20 de diciembre de 1988, tuvo lugar la Convención de Viena, ratificada mediante Ley 24.072 por la Argentina en 1992.

Los países que ratificaron la Convención de Viena mostraron interés en combatir al tráfico ilícito de estupefacientes sabiendo que esto generaba relevantes rendimientos financieros que permitían, a través de la acumulación de activos por organizaciones criminales transnacionales “invadir, contaminar y corromper las estructuras de la administración pública, las actividades comerciales y financieras lícitas y a la sociedad en todos sus niveles”[11]. Vemos como en este primer momento ya se advertía acerca de la pluriofensividad de las conductas de BdC, en tanto actividad compleja que repercutía agrediendo de distintas formas a la estructura social.

En el art. 3 de la Convención de Viena se requería por parte de los países signatarios de la misma, la tipificación de delitos penales en su derecho interno, de diversas conductas asociadas con el tráfico de estupefacientes. En el apartado b) del mencionado artículo, se comprometía a tipificar al delito de BdC que tenía como delito precedente a alguna de las conductas asociadas al tráfico de estupefacientes y sustancias psicotrópicas[12]. De manera tal que únicamente este tipo de conductas previas se incluían en el BdC, siendo esto recepcionado en su momento en la legislación Argentina a través de lo dispuesto por el art. 25 de la Ley N° 27.737. Este compromiso de tipificar al BdC se vio reflejado en la declaración que hicieran los Países signatarios acerca de su decisión de “privar a las personas dedicadas al tráfico ilícito del producto de sus actividades delictivas y eliminar así su principal incentivo para tal actividad”[13]. Esta es la única referencia clara y directa que se hace en el Preámbulo de la Convención respecto del objeto de protección del tipo de lavado, cual es, privar al autor del producto del delito. Primer indicio de que el tipo de lavado fue, al menos originariamente, concebido como uno funcional para combatir el flagelo del narcotráfico - su delito precedente, toda vez que hace referencia a perseguir el producto, el botín del autor para sustraerle su incentivo a la hora de emprender su actividad criminal. Otra arista de la redacción originaria de este tipo viene dada por su necesaria vinculación con el delito precedente. Puesto que para que haya un botín que perseguir, se necesita justamente eso, que sea un botín y no una ganancia lícitamente obtenida. La Convención de Viena, y su realización en Argentina a través de la Ley 23.737, ve en el tipo de lavado una herramienta político-criminalmente adecuada para combatir el flagelo de la droga, único delito precedente por ese entonces, que necesita de un plus para persuadir al potencial autor a que no ejecute su conducta. Ya no alcanza solamente con la amenaza de pena para el delito principal (alguno relacionado al narcotráfico) sino que también se busca privar de aquello que es fuente de motivación para el autor, el producto del delito.

La Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada -Convención de Palermo, del año 2000, se considera la evolución natural de la Convención de Viena dado que acoge las tres tipificaciones previstas en aquella, si bien ampliando su objeto material. Esta Convención incluye el blanqueo en el marco de un amplio abanico de figuras penales destinadas a combatir la delincuencia organizada.

El tipo de lavado vino a reforzar el combate contra un tipo de criminalidad organizada, que es la vinculada a la producción, tráfico y comercialización de sustancias psicotrópicas, focalizado principalmente en los actores que tomaran intervención con el producto del delito e intentarán de diversas maneras, darle una apariencia de licitud al mismo. Así, el BdC fue concebido como una forma de perseguir al crimen organizado[14], no entraremos en disquisiciones sobre este término bajo el que pretende englobarse un conjunto de las más diversas conductas delictuales, y del que no existe una definición con aceptación mayoritaria. Puede entenderse que esta incriminación es una técnica investigativa como sucedánea de lo que no puede probarse (delito precedente) y estuvo ligado a la represión del tráfico de drogas prohibidas. Pero los organismos globales encargados de su instauración comenzaron a ensanchar los márgenes para los que se había concebido el delito. Por ejemplo, a partir de la directiva 91/308 del Consejo de las Comunidades Europeas, empieza a modificarse el catálogo de delitos precedentes al de lavado. Si bien en la mencionada Directiva se pone énfasis en los delitos de narcotráfico y ligados, en el CICAD se deja abierta la posibilidad de que sea el ordenamiento jurídico de cada país quien defina el elenco de delitos que sean considerados graves.

Es así que, en la actualidad, muchos países incriminan el lavado de un bien proveniente de cualquier tipo de delito precedente. Y dentro de estos casos se incluye a la evasión fiscal, que además presenta una palmaria incapacidad conceptual de constituirse en delito precedente, punto a desarrollar más adelante.

Coetáneamente a los antecedentes antes reseñados, el G-7[15] en el marco de la XV Cumbre Económica realizada en París en 1989, creó el GAFI[16], un grupo de carácter intergubernamental cuyo mandato era realizar un relevamiento de las medidas de cooperación de los Estados miembros que tuvieran como fin prevenir el uso del sistema financiero y bancario por parte de las organizaciones delictivas y que, a su vez, realizaran recomendaciones a fin de mejorar las medidas de cooperación entre países miembros en la lucha contra el lavado de activos. En el marco de las tareas encomendadas, el GAFI presentó en 1990 un informe conteniendo Cuarenta Recomendaciones que establecían mecanismos de control para la prevención del delito de lavado de dinero, que fueron modificadas periódicamente. Así, en 1996 se revisaron las Recomendaciones por primera vez para reflejar las crecientes tendencias y técnicas de lavado de activos y para ampliar su campo más allá del lavado de activos proveniente de las drogas. Estas fueron completadas, a su vez, por las Nueve Recomendaciones Especiales para combatir el Financiamiento del Terrorismo, como consecuencia del atentado contra las Torres Gemelas en los Estados Unidos de América en el año 2001. Si bien las Recomendaciones carecen de ejecutoriedad específica, ni son obligatorias para los países signatarios, son especialmente importantes para los países debido a que de ser categorizados como plaza no cooperativa a través de las evaluaciones que haga el GAFI, se le restringe considerablemente el acceso al crédito internacional - FMI, BID, Banco Mundial, entre otros.

Especialmente, en la Recomendación 3ª[17] del GAFI se hace referencia a que los países deben tipificar el delito de lavado de activos provenientes de cualquier delito grave, de

acuerdo a la normativa local de ese país, ampliando de manera tal de incluir a la mayor cantidad posible de delitos precedentes - interpretación que se ve reforzada por lo estipulado en la Nota Interpretativa de la Recomendación 3°, cuya finalidad es incluir a la gama más amplia de delitos determinantes. Explicando que “los delitos determinantes se pueden describir mediante referencia a todos los delitos o a un umbral ligado ya sea a una categoría de delitos graves o a la sanción de privación de libertad aplicable al delito determinante (enfoque de umbral) o a una lista de delitos determinantes o a una combinación de estos enfoques. Cuando los países apliquen un enfoque de umbral, los delitos determinantes deben, como mínimo, comprender todos los delitos que están dentro de la categoría de delitos graves bajo sus leyes nacionales, o deben incluir delitos que son sancionables con una pena máxima de más de un año de privación de libertad o, para los países que tienen un umbral mínimo para los delitos en sus respectivos sistemas jurídicos, los delitos determinantes deben comprender todos los delitos que son sancionables con una pena mínima de más de seis meses de privación de libertad”[18]. Permitiendo que cada país defina su criterio de selección, aunque de la redacción anterior pareciera que, no obstante la definición que cada legislación haga del delito grave, esta debe incluir como mínimo a aquellos delitos que tengan una pena máxima de más de un año, o una mínima mayor a seis meses de prisión, según corresponda (lo cual abarca a gran parte de los delitos en el CP).

2.3. El BdC en la legislación argentina

Adentrándonos en el delito de BdC propiamente, podemos ofrecer una definición analítica de la figura que tiene cierto consenso doctrinal: es un proceso de ocultación de bienes de origen delictivo con el fin de dotarlos de una apariencia final de legitimidad[19]. Aquí el elemento ocultación tiene un plus respecto de aquella contenida en el tipo de encubrimiento, por ejemplo, puesto que el autor debe ocultar el dinero mal habido y también su origen. Es decir, el proceso de ocultación tiene una etapa más: la de borrar los trazos de ilicitud del origen de los mismos. Este agregado es lo que hace especialmente disvaliosa la conducta, no sólo encubrir el activo sino también hacer algo más, hacer desaparecer su “mancha” de ilicitud.

La legislación interna receptó por primera vez el tipo de lavado a través del art. 25[20] de la Ley N° 23.737 (de tenencia y tráfico de estupefacientes), de acuerdo a lo estipulado por la Convención de Viena. Los únicos delitos antecedentes que daban lugar a la conducta típica del delito de lavado eran los de tenencia y tráfico de estupefacientes, que estaban tipificados en aquella ley. A lo largo de los diez años de vigencia de la ley 23.737, existió una única condena penal firme por el delito de lavado de activos, lo que no hacía más que evidenciar la total ineficacia del sistema penal.

A partir de la promulgación de la Ley N° 25.246 (y sus respectivos decretos reglamentarios) de Lavado de Activos de Origen Delictivo, el 05 de mayo de 2000, la conducta de lavado podía ser típica, según lo dispuesto en el art. 278, inc. 1° del CP[21], respecto de los activos provenientes de cualquier delito antecedente del que el autor de la conducta de lavado no hubiera participado. El elemento del tipo (o artículo indeterminado) “un” marca la indefinición del delito del cual proceden los bienes luego lavados. Esta amplitud en torno al delito originante a la totalidad de las figuras típicas dentro del CP y de las leyes especiales penales, siguió el criterio propuesto por el Proyecto Alternativo al del Ejecutivo propuesto por el diputado Quinzio, quien fue asesorado por el Dr. Sancinetti[22]. En palabras de D´Albora “al decidir aceptar como delitos previos a todos los delitos se generó la posibilidad de afectar la prohibición constitucional de doble juzgamiento (art. 18 CN) en

todos aquellos casos en los que el delito previo reconociera el mismo bien jurídicamente protegido que el lavado de dinero. Más allá de lo criticable que pueda ser esta nueva decisión, lo cierto es que el legislador superó de manera magistral el escollo (...) incluyó como elemento del nuevo tipo una cláusula de exclusión del partícipe en el delito previo"[23].

Por otro lado, este nuevo régimen no demostró mayor eficacia que el anterior, dado que hasta agosto de 2010, diez años desde su vigencia, no se dictó ninguna condena. Para colmo de males, en todos los países la represión del lavado de dinero arroja resultados, cuando menos, magros[24]. En cuanto a las modificaciones sustanciales, el legislador ubicó el nuevo tipo entre los delitos contra la Administración Pública, como una especie del género encubrimiento, existiendo consenso, por entonces, a considerar al lavado de activos como una forma de encubrimiento calificado.

Hacia mediados de 2010 el GAFI evaluó a la Argentina respecto al acatamiento de las políticas del organismo en materia de lavado de activos, a lo que siguió un informe[25] en el que se destacaron varias cosas, entre ellas, las siguientes que son de interés para lo aquí estudiado:

a) se recomendó la punición del auto-lavado debido a que -a juicio del ente- no habría ningún principio de la ley argentina que prohibiera esa incriminación[26];

b) según lo revelado por autoridades locales la evasión fiscal sería el hipotético delito precedente que en mayor número generaría procedimientos (imaginamos de investigaciones de la UIF y de la AFIP. Esta circunstancia fue puesta de manifiesto únicamente, sin indicar la necesidad de incluir al delito fiscal como delito subyacente al de lavado, suponemos que en el entendimiento de que esto ya era posible[27]; y

c) asimismo, se manifestó la necesidad de incriminación de la persona jurídica y la punición del inside trading.

Finalmente, en junio de 2011 se sancionó la Ley N° 26.683 que modificó aspectos centrales a la Ley N° 25.246, atendiendo a la imperiosa necesidad de hacer caso a las modificaciones propuestas en el informe mencionado para ser presentadas por el país antes de la reunión del GAFI en Méjico de ese mismo año. Así, el delito de lavado de activos mudó de una forma de encubrimiento a la inaugurada rúbrica de los "Delitos contra el orden económico y financiero", añadiendo un nuevo título XIII al Libro Segundo del CP. Siendo el objeto de protección, este nuevo bien jurídico colectivo. Y esto no fue por un purismo dogmático del legislador que hubiera puesto atención a alguna doctrina que postulaba como incorrecta la inclusión del lavado de dinero en el ámbito de la protección contra la administración pública, sino que fue principalmente por la presión del GAFI[28] para la inclusión del autolavado como hipótesis típica. Así, se dejó en claro la intención de punir el autolavado al quitar el elemento típico que hacía referencia al delito subyacente que el autor "no hubiera participado". Entonces, a partir de la sanción de la ley 26.683 el lavado de activos pasó a ser un delito de autor indistinto que puede ser cometido por cualquiera.

Volvamos ahora sobre la inclusión de bienes jurídicos supraindividuales dentro del CP para plantear un interrogante respecto de estos tipos, particularmente con el principio de lesividad, dada la dificultad para constatar en el mundo real la lesión del bien jurídico en el

caso en particular. El tipo base, dado por el art. 303 inc. 1) establece un monto (AR\$300,000) que actúa como agravante del tipo residual del inc. 4) del mismo articulado, dado que ya no hay un umbral por debajo del cual la conducta no es disvaliosa ni merecedora de reproche penal. Todo lo contrario, toda conducta de lavado de activos proveniente de cualquier delito penal es merecedora de un reproche penal. De esta manera, si ya resultaba difícil probar la significancia que tienen AR\$300,000 en el orden económico y financiero de un país, entonces resultaría más difícil aún probar el impacto que tiene la circulación y lavado, de sumas no relevantes de dinero provenientes de algún delito para el pago de bienes de consumo o de servicios. Si bien hay posturas que rebaten propiamente este escollo, distan de tener una aceptación general y/o mayoritaria y, por esto, la relevancia de este párrafo para reflatar el interrogante[29].

Veamos que a primera vista daría la impresión de que la ley 26.683 sólo se limitó a actualizar el monto, elevado de AR\$50,000 a AR\$300,000, y que mantuvo en lo demás el esquema. Esto no fue así, dado que la actual redacción del art. 303, inc. 4. (anteriormente art. 278, inc. 1 “c”) reza: “si el valor de los bienes no superare la suma indicada en el inciso 1, el autor será reprimido con la pena de prisión de seis meses a tres años”. Tal como está formulado el art. 303, inc. 4, establece un nuevo tipo penal que presenta todos los elementos del tipo del inciso 1, salvo el monto mínimo de AR\$300,000. Ahora hay lavado tanto por arriba del monto de AR\$300,000 como por debajo, siendo dos tipos de lavado de distinta gravedad. Esta nueva regulación amplía la incriminación más allá de lo que es político-criminalmente necesario y conveniente y, además, dificulta la determinación del objeto material del BdC que venía dada por el monto. Puesto que la política-criminal concibió al BdC no de los bienes provenientes de cualquier ilícito, sino de aquéllos que tengan su origen en delitos especialmente graves. Esto tuvo su corolario en el montaje complejo de la estructura administrativa de prevención y en las normas penales de BdC.

En el presente sostenemos que el bien jurídico penal es un concepto que permite realizar una interpretación teleológica de los tipos penales, no obstante los cuestionamientos vertidos en torno a la lesividad que supone el tipo del art. 303, inc. 4 del CP, que implica una conducta de lavado menos grave, pero lavado al fin. Esto no conlleva la necesidad de sostener que debe integrarse en el concepto material del delito, de manera tal de sostener que su lesión fuera esencial para la tipificación de conductas y su reproche penal; puesto que de esta manera se estaría estableciendo que la lesividad es necesaria para el quebrantamiento de la norma penal. Porque la sola existencia del tipo de lavado tiene una carga simbólica que tiene un peso específico propio, de manera tal de que su sola inclusión en el CP establece una toma de postura respecto de qué es lo que el legislador considera disvalioso.

Por otro lado, al haberse mudado la figura de lavado al art. 303 del CP, se torno inaplicable la cláusula establecida en el art. 279 inc. 1) que reza: “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 norma citada actuaba como limitador en los casos de clara desproporción entre el delito subyacente y el de lavado, puesto que si la pena para el delito previo era menor, se aplicaba esta última. Esto es, la pena del delito subyacente absorbía a la del lavado en caso de que aquella fuera menor. Resulta inconsecuente pensar en la misma pena para el lavado de dinero proveniente de delitos graves como el narcotráfico, y por el otro, para delitos menos graves como el hurto, o para delitos intermedios entre aquel y este, como la evasión tributaria.

La última modificación importante para lo aquí investigado que tuvo la Ley N° 25.246, fue el agregado de “preferentemente” al artículo 6°, que precisa el cometido específico de la UIF ampliando así la posibilidad de que dicho ente intervenga en cualquiera sea el ilícito penal que opere como delito subyacente. Hasta la reforma, la UIF únicamente podía intervenir en los delitos previos allí enumerados, que eran delitos asociados al crimen organizado y que difícilmente lleguen a manos de la UIF, porque este tiene mayoritariamente en vistas operaciones sospechosas de lavado llegadas a partir de los ROS. Estos ROS tienen la particularidad de ser operaciones que tienen todas apariencias de licitud. Ahora, con el agregado del “preferentemente” ya se dejaba en claro que la UIF podía intervenir en cualquier ilícito penal subyacente, sin la necesidad de incluir, como se hizo, en el acápite j) del art. 6° a los “delitos previstos en la ley 24.769”.

Este es el punto de partida para la presente tesis, dado que “implica un desconcepto mayúsculo considerar que el marco jurídico propuesto (al de lavado de dinero) para enfrentar al crimen organizado justifique su aplicación para perseguir evasores. Y aquí asignamos al añadido (del art. 6° inc. j) el carácter de una definición política”[30].

2.4. Características criminológicas del BdC

En el capítulo anterior expusimos el marco jurídico y los antecedentes que dieron paso al presente tipo del 303 CP, mostrando que fue previsto para delitos especialmente graves vinculados, principalmente, al crimen organizado transnacional. Que fruto de una tendencia expansionista se incluyeron formalmente como delitos subyacentes a todos los delitos establecidos en el CP y las leyes especiales. Y es por esta especial relación existente entre los delitos subyacentes graves y el crimen organizado que se establecieron penas altas en el tipo de BdC, para abarcar la especial configuración y el desvalor de la conducta. Ahora bien, al abarcar a todos los delitos como subyacentes, se plantea la posibilidad de incluir casos que no deberían haber sido incluidos en la norma, que está prevista para combatir al crimen organizado, un fenómeno especialmente grave. La inclusión de estos casos dentro de la hipótesis típica, puede conducir a consecuencias no deseadas como, por caso, la imposición de penas desproporcionadamente severas a la conducta realizada. Creemos que es el caso de la condena a los evasores fiscales por el delito de lavado de activos, además de por el delito de evasión.

Haremos especial referencia aquí a las particularidades del fenómeno de lavado de activos que fundamentan la legislación actual para mostrar que no está concebido para combatir a cualquiera de los delitos que suponga una menor gravedad que aquellos vinculados con la criminalidad organizada. Y decimos bien “combatir” dado que la herramienta, o el tipo penal, de BdC está concebido para atacar a la criminalidad organizada mediante un golpe a sus arcas. Es decir, de acuerdo al surgimiento de la normativa antilavado, se busca socavar el sistema económico-financiero de los grandes grupos criminales a través del decomiso de los bienes y del castigo a los autores del lavado de esos activos de origen “sucio” (diferenciado del origen “negro” del capital, que suele asociarse al dinero proveniente de la evasión impositiva). Es decir, ampliar el ámbito de lo punible a todos los que interviesen en el proceso de ocultación del origen de los bienes provenientes de actividades criminales (de las ganancias y de los bienes subrogantes también, a diferencia de la figura de encubrimiento que no incluye estos), incrementa el riesgo de realizar dichas actividades y supone un mayor índice de disuasión por la norma penal.

Haremos una primera referencia al fenómeno desde la incidencia que tiene en la economía mundial. Las fuentes que hacen referencia al BdC no siempre coinciden acerca de la cantidad de capital que se blanquea cada año a nivel mundial: las cifras son meramente aproximadas y van desde los 300 mil millones de dólares hasta los 500 mil millones considerando sólo los beneficios económicos del tráfico de drogas, los que, se afirma, son superados aun por los del tráfico de armas[31].

Así, por ejemplo, el GAFI valoró la ganancia bruta obtenida de la venta de cocaína, heroína y marihuana en aproximadamente 122.000 millones de dólares por año para Europa y Norteamérica de los que unos 85.000 millones serían blanqueados. En nuestros días las estimaciones más divulgadas son las del Fondo Monetario Internacional, según las cuales los fondos objeto de blanqueo alcanzarían un monto de entre el 2 y el 5 % del PBI mundial[32].

La dimensión del fenómeno de blanqueo determina la evolución del problema: vale redundar en un hecho que resulta obvio, no es lo mismo blanquear unos pocos miles de dólares, que se pueden trasladar fácilmente por el autor sin necesidad de armar un esquema complejo, que blanquear cientos de millones. Desde el momento en que la magnitud del objeto material de blanqueo alcanza cierta dimensión, las técnicas de blanqueo deben cambiar y dejar su carácter artesanal para requerir una organización profesional.

La particularidad que presenta la actividad de las organizaciones criminales, y que las distingue de la actividad delictiva individual o esporádica, es que los beneficios económicos pueden llegar a ser increíbles. En realidad, se podría trazar una analogía con lo que sucede en el ámbito de la economía formal: los conglomerados económicos tienen otra magnitud de ganancias que las pequeñas y medianas empresas. Por ello, agotadas las posibilidades de consumo y reinversión racionales (como por ejemplo, los gastos corrientes en el Caso 1 y 2) las organizaciones pueden encontrarse con una gran cantidad de capital excedente cuyo único destino eficiente es a través de la colocación del mismo en diferentes actividades legales. Surge la necesidad de invertir este capital libre, una vez cubiertas todas las necesidades primarias de los integrantes de aquella criminalidad organizada, pasando entonces de los bienes destinados al consumo, a aquellos destinados a la inversión.

A pesar de esta particularidad que presenta el BdC en su vinculación con las actividades del crimen organizado, hay autores que sostienen, como por ejemplo Caparrós, en que no corresponde limitar el fenómeno del blanqueo a estos casos. En el sentido opuesto a lo sostenido en el presente trabajo, el citado autor refiere que “es posible hablar con toda propiedad de hipótesis de blanqueo ajenas por completo a la dinámica de las organizaciones criminales y que, sin embargo, reúnen todos y cada uno de los rasgos que confieren una especial naturaleza al reciclaje de capitales”[33]. Son las voces que se enmarcan dentro de esta perspectiva reseñada, que amplían el ámbito de lo punible de manera que creemos político-criminalmente desacertada.

Estas particularidades del fenómeno del BdC permiten verificar que existen algunos elementos que se encuentran presentes de forma general y otros de forma incidental. Así, el elemento ocultación que caracterizaría al blanqueo se encuentra presente en todos los casos, se trate del blanqueo de un delito de hurto cometido o de un delito de tráfico de armas vinculado al crimen organizado. Así, la ocultación es de carácter general y permite identificar elementos comunes a todos los casos de inversión del capital de origen delictivo

en la economía legal: al encontrarse sometidos a riesgos (el decomiso) resulta necesario ocultar su origen para poder utilizarlos en la adquisición de bienes y servicios. Pero el BdC se distingue de la mera ocultación física de los bienes en que su peculiar función económica consiste en transformar el poder de adquisición potencial que tiene el capital de origen delictivo en poder de adquisición efectivo. Cuando nos referimos a capacidad de adquisición efectiva de los bienes provenientes de actividades delictivas, lo hacemos en referencia a su situación en tanto bienes de inversión. Suponemos que los bienes en tanto suplan una demanda de consumo de la organización criminal, suelen tener poder de adquisición real/efectivo. Entonces, para transformar este poder de adquisición potencial de las ganancias de origen delictivo en poder de adquisición efectivo los autores necesitan insertar los bienes en la economía legal, lo que implica necesariamente la ocultación de su origen delictivo[34], ya que, de otro modo, serían decomisados por el Estado (o devueltos a su titular legítimo) y utilizados como prueba del delito del que provienen.

Por otro lado, como bien explica Bermejo, existen dos elementos, uno objetivo y el otro subjetivo, que se identifican en algunos casos de blanqueo que presentan una lesividad social superior: por un lado, el hecho de que se trate de grandes sumas de capital y que se invierta en ciertas actividades económicas (elemento objetivo), por otro, el hecho de que los intervinientes en el delito que es origen del dinero sucio actúen en una asociación que pueda caracterizarse como crimen organizado (elemento subjetivo)[35]. Son estos dos elementos que caracterizan a ciertos tipos de blanqueo (grandes cantidades de capital y crimen organizado) que agregados a la lesividad social del blanqueo derivada del elemento ocultación, importan otros daños sociales adicionales que permiten hablar de una lesividad social agravada. Únicamente en las conductas de BdC que presenten estos elementos se justifica la intervención del derecho penal.

2.5. Los delitos de receptación, encubrimiento y BdC

En el presente realizaremos un enfoque integrado de los delitos de receptación, encubrimiento y lavado, para evidenciar solapamientos y diferencias. Así, de los antecedentes parlamentarios de la Ley N° 25.246 se desprende que el legislador consideró que el lavado de dinero se hallaba suficientemente legislado con carácter general en el derecho penal argentino, como encubrimiento por favorecimiento real, y que sólo razones simbólicas justificaban la introducción de un tipo penal general de lavado como forma agravada de encubrimiento[36]. A partir de las presiones por parte del GAFI y los cambios que trajo aparejados la promulgación de la Ley N° 26.683 para el delito de BdC, se independizó definitivamente este delito del de encubrimiento.

Haremos referencia a los lugares comunes de los delitos de BdC y encubrimiento, y a las diferencias que presentan desde los siguientes puntos de vista: el bien jurídico protegido, el objeto material del delito, el sujeto activo o autor y desde el tipo subjetivo.

A partir del análisis de la legislación comparada e internacional podemos apreciar claramente que el BdC tiene gran similitud con el delito de encubrimiento. Los verbos típicos en la normativa internacional y la comparada resultan ser la conversión, transferencia, ocultación y el encubrimiento de la naturaleza, origen, ubicación de los bienes ilícitos y su adquisición, posesión, tenencia, utilización o administración. Toda vez que la actividad de lavado es una acción compleja, en cuanto implica la colocación,

decantación e integración de los activos, puede considerarse que los verbos típicos fundamentales son el convertir, transferir, gravar, tener y administrar.

Por su lado, el encubrimiento consiste en un delito autónomo, aún cuando el mismo presupone la existencia de un delito previo anterior a su comisión. El encubridor actúa sin concierto previo, y conociendo el delito anterior. La característica del delito es su independencia, aunque depende de la perseguibilidad del delito anterior. Tanto en el favorecimiento como en la receptación, que son dos formas típicas de encubrimiento, el autor actúa sin promesa anterior al delito previo (ya que de lo contrario sería cómplice), obrando por lo general con un fin de lucro, aunque esto último no siempre forma parte del tipo[37].

La confusión en cuanto relacionar al lavado con el encubrimiento se presenta dada la similitud en la naturaleza jurídica de ambos tipos legales como por los verbos utilizados. En este sentido puede entenderse que el lavado es el “proceso en virtud del cual los bienes de origen delictivo se integran en el sistema económico legal con la apariencia de haber sido obtenidos de forma lícita”[38]. El lavado está dirigido a encubrir y ocultar el origen ilícito de los bienes, lo cual permite asemejarlo con el encubrimiento o entenderlo como una forma de éste. La ocultación del origen de los bienes es entonces un elemento común a ambas figuras. Seguidamente, expondremos las diferencias entre uno y otro delito.

Bien Jurídico protegido. De los convenios internacionales mencionados y de la normativa nacional surge que uno de los bienes jurídicos protegidos por los tipos legales que sancionan el BdC es la Administración de Justicia (en su antigua redacción estaba incluido dentro de esta rúbrica en el CP y que, a pesar de su mudanza sistémica, se sostiene que sigue afectando al normal funcionamiento de la justicia también). Esto es posible gracias a la similitud con el tipo objetivo del delito de encubrimiento.

Sin embargo, partiendo de la literalidad del Título de la rúbrica XIII del CP, debe considerarse que el orden económico y la salud financiera del Estado resultan afectados primordialmente por maniobras de blanqueo de capitales. La tipificación y la sanción del BdC intenta proteger a los Estados de la acción de organizaciones criminales que tienen “vínculos con el tráfico ilícito (de drogas) y otras actividades delictivas organizadas relacionadas con él que socavan las economías lícitas y amenazan la estabilidad, la seguridad y la soberanía de los estados”[39].

Es entonces incorrecto caracterizar al lavado de dinero como un encubrimiento calificado, pues si bien es cierto que, como delito pluriofensivo que es, perjudica también a la administración de justicia, el peso específico del disvalor del suceso no reside en ello, sino fundamentalmente en la afectación del orden económico y financiero. Altera el normal funcionamiento de las estructuras financieras de la sociedad. Es decir, que el BdC debe ser enfocado desde un prisma económico antes que desde la Administración de Justicia (la cual se ve claramente afectada también, aunque sea mediatamente).

Sujeto activo. Se arguye, que la cuestión relativa a la posibilidad de considerar al lavado como un delito independiente y diferente del encubrimiento está íntimamente relacionada a la posibilidad de considerar que el autor del hecho previo puede ser autor de esta conducta, lo cual no es posible en el encubrimiento.

Creemos que esto no es así, aunque sí es cierto que ya en el tipo objetivo el encubrimiento excluye a quien hubiera participado en el delito previo (art. 277 CP: “el que, tras la comisión de un delito ejecutado por otro, en el que no hubiera participado”) y que, por el contrario, a partir de la última reforma del tipo de BdC se excluyó al elemento típico que hacía referencia al delito subyacente que el autor “no hubiera participado”, para incluir la posibilidad, al menos formal, de punir al autolavado.

Es decir, autor de lavado puede ser cualquiera, no así del encubrimiento que requiere de un requisito negativo para afirmar la autoría y es que no hubiere participado del hecho anterior. Si se indaga un poco más profundamente por el fundamento material de esa falta de punibilidad, lo que se advierte es que en general la doctrina nacional deriva esa consecuencia de la autonomía del encubrimiento respecto de las reglas de la participación[40]. Y si bien esto es correcto en gran medida, no explica las razón por la cual el autoencubrimiento es impune. Esto es, lo que se demuestra es que una única y misma conducta no puede ser a la vez participación en un delito y encubrimiento de ese mismo delito, sino que será una cosa o la otra según cuándo haya tenido lugar esa conducta. Si la intervención fue antes de la consumación del hecho, entonces es partícipe, si el aporte fue posterior a su consumación entonces es encubridor.

Este baremo es correcto, necesario, en tanto utiliza un criterio práctico para definir cuándo estamos frente a una participación y cuándo ante un encubrimiento. Sin embargo, no demuestra suficientemente el fundamento de la no punibilidad del autoencubrimiento. Veámoslo con un ejemplo, si alguien participa de la comisión de un robo (primer hecho) y luego se encarga de la venta de los objetos robados (segundo hecho), nos encontramos frente a dos conductas diferentes que pueden subsumirse en dos tipos penales distintos. El criterio acerca de la ubicación temporal de la conducta delictiva poco aporta aquí para explicar por qué esas calificaciones no pueden concurrir materialmente (partícipe del robo y encubridor).

Creemos que la razón por la cual no es punible el autoencubrimiento la brinda la teoría del concurso aparente de delitos. Lo que en realidad hace que el autoencubrimiento sea impune es que el mismo, en tanto dirigido al aseguramiento o aprovechamiento de los beneficios del delito anterior en el que se ha participado, debe ser considerado un acto posterior copenado. Este fundamento no es mencionado en torno al delito de encubrimiento, pero sí en el debate legislativo de la Ley N° 25.246 en el marco de la decisión de punir al autolavado. En definitiva, participamos de la idea de Córdoba de que “el legislador nacional, al formular el delito de encubrimiento, podría no haber hecho entonces ninguna mención al requisito de falta de participación del autor en el hecho previo y el resultado hubiese sido el mismo: la no punibilidad del autoencubrimiento, sólo que por aplicación de las reglas generales del concurso aparente (= “acto posterior copenado”). Sin embargo, el legislador no procedió de ese modo, sino que optó ya en el plano de la tipicidad por caracterizar al autor como aquel que sin promesa anterior, es decir, sin haber participado en el hecho anterior, cometiera alguna de las conductas descriptas”[41].

Lo mismo puede alegarse respecto del autolavado, puesto que la anterior redacción de la Ley N° 25.246 excluía ya en el plano de la tipicidad al mismo y que ahora, al ser formalmente posible el autolavado, la cuestión vuelve a sus cauces naturales: debe ser resuelto por la teoría del aparente concurso de leyes, para resolver si hay unidad de hecho.

Objeto material del delito. El objeto del delito de lavado de activos puede ser cualquier bien proveniente de un ilícito penal, con tal que su valor económico (del bien o de los bienes, si la acción recae sobre varios de ellos) supere la suma de trescientos mil pesos (AR\$ 300.000). Además, los bienes susceptibles de ser objeto de este delito no son sólo los que derivan directamente del delito (originarios), sino también los bienes que proceden mediatamente de él, es decir, aquellos que entran en el patrimonio en lugar del bien originario (subrogantes) o a consecuencia de él (ganancias). En esta ampliación del objeto reside precisamente la diferencia con el encubrimiento y una de las razones de ser de la creación de este delito.

Las principales objeciones a la receptación, como delito que puede resolver el conflicto del BdC, es que era necesario desvincular la receptación de los efectos de los delitos de hurto, robo y apropiación indebida, e incluir dentro del supuesto típico de BdC a los bienes que no provenían directamente del delito precedente.

Tipo subjetivo. Acá también podemos advertir una diferencia entre los tipos de BdC y encubrimiento, por lo que “en todas las hipótesis de encubrimiento debe incluirse dentro del aspecto objetivo del tipo a la comisión de un delito anterior y a la falta de participación en el mismo. Siguiendo en este razonamiento no es posible desdoblarse el dolo. El conocimiento y voluntad debe abarcar todos los componentes por lo tanto el sujeto también debe conocer y saber que encubre a quien tomó parte de un delito anterior del que no participó”[42].

La nota distintiva se encuentra en que ya en el tipo objetivo del BdC se exige un elemento distinto del dolo: el autor debe actuar de manera tal de que los bienes adquieran la apariencia de tener un origen lícito. El autor debe saber el origen de los bienes, es decir que proviene de un delito y, además, tiene que tener por fin que los bienes, el dinero, adquieran la apariencia de tener un origen lícito que tiendan a ocultar o disimular el verdadero origen. Es decir, el tipo de BdC tiene un elemento subjetivo del injusto distinto del dolo, y es que el autor debe tener la intención de darles apariencia de licitud a los bienes de ilícita proveniencia que recibe.

Era necesario, entonces un tipo penal distinto al de la receptación, que pudiera alcanzar al reciclaje de dinero, ya que en la formulación tradicional, el delito de receptación tiene límites que no logran alcanzar a las nuevas formas de criminalidad[43].

En conclusión, podemos hacer nuestros el comentario de Bacigalupo respecto de las normas argentinas de BdC, encubrimiento y receptación: "resulta claro que si se quiere criminalizar la ayuda a todos los que obtienen un beneficio en dinero de la comisión de un delito y emplea en el sistema financiero para disfrutar de él, estos tipos penales resultaban demasiado limitados (en referencia a los de encubrimiento y receptación). Claramente, se sostiene el Alemania, por ejemplo, que el laundering de dinero obtenido mediante negocios sucios (prostitución, drogas, juegos prohibidos, banda de robo de automóviles, etc.) básicamente no es punible mediante el delito de receptación previsto por el § 259 StGB. El desarrollo de la criminalidad organizada en delitos de estructura financiera, pero que no son exactamente delitos patrimoniales (por ej., tráfico de drogas, prostitución, terrorismo) ha puesto de manifiesto las insuficiencias del delito de receptación para combatir efectivamente este tipo de delincuencia (...) ello requiere modificar la dirección del reproche penal. En lugar de penar el aprovechamiento se debe incriminar ya toda simple

colaboración posterior con el autor del delito que produjo la ganancia ilícita. La finalidad ya no es la protección del patrimonio o de la propiedad, sino la administración de justicia"[44]. Va de suyo que el comentario anterior es totalmente aplicable respecto de la protección del orden económico y financiero, y no de la administración de justicia tal como lo expresa Bacigalupo, puesto que creemos que lo importante es que los delitos de receptación y encubrimiento están pensados para la protección del patrimonio individual de la víctima y no de un bien jurídico colectivo, como puede ser la administración de justicia y/o el orden económico/financiero.

2.6. *Críticas al nuevo tipo de BdC*

En el presente acápite nos avocaremos a las críticas que presenta el tipo de lavado desde un triple enfoque, que englobamos bajo el título de referencia: (i) la asistematicidad, (ii) los problemas probatorios y (iii) de eficiencia planteados desde una óptica tradicionalmente ajena a nuestro derecho penal continental: el AED.

Entendemos que los miramientos aquí expuestos son de particular importancia para el análisis de los delitos tratados (sino para todos, porque entendemos que se debe tener en cuenta qué impacto tiene sobre la prevención - disuasiva y comunicacional especialmente - y en la represión del delito tanto la legislación elegida como la interpretación judicial), dado que partimos de la premisa de que estos se apartan del objetivo del derecho penal liberal tradicional que defiende bienes jurídicos inmediatamente relacionados con el individuo, su libertad y sus derechos, entrando en áreas neutras a las cuestiones del ilícito y de la pena. Y es aquí, donde aparentemente no hay valores tan importantes en juego como los bienes jurídicos individuales, donde el criterio de la eficiencia se torna en un criterio rector.

Vale hacer una pequeña disquisición respecto de la tendencia expansiva del derecho penal[45] para ver que los delitos de evasión fiscal y, sobre todo, el de BdC responden al nuevo paradigma del derecho penal y, por ello, justificando su tipificación desde el crecimiento intervencionista del Estado principalmente, deben concatenarse con los fines de su creación e implementación. Desde una visión ideológica de lo que el Arzobispo Temple llamo en su momento Welfare State, se verificó el progresivo avance del Estado en áreas ajenas a la intervención pública y, en el ámbito penal en particular, se siguieron protegiendo bienes jurídicos inmediatamente relacionados a la persona -vida, integridad física y sexual, propiedad, etc.- pero dirigiéndose ahora hacia el aseguramiento de programas públicos, metas administrativas y planes de desarrollo. Como bien indica Yacobucci "sobre esas bases, los criterios de selección de lo ilícito ya no pueden ser los mismos. Si el Estado se interesa por asegurar sus metas a través de la construcción de delitos y la aplicación de penas, los criterios se transforman en eminentemente político-administrativos; es decir, aparecen orientados por los principios de oportunidad y eficiencia que rigen buena parte de la actividad de la administración estatal"[46]. En otras palabras, habrá que ver si la selección del ilícito penal es la mejor manera de asegurar las metas del Estado. La mejor manera debe ser entendida aquí, en parte al menos, como la más eficiente de entre las posibles. Dado que estos tipos penales no protegen inmediatamente bienes individuales, relacionados estrechamente con la persona, sino que mediatamente. Elevamos el piso entonces, para sostener que la herramienta penal debe ser usada no solamente en última instancia, sino que habrá que ver hasta qué punto la sociedad está dispuesta a tolerar el daño social que aquella pretende proteger. En otras palabras, para que sea legítimo el uso del derecho penal para la protección de bienes colectivos,

sostenemos que se deben evaluar otras alternativas primero (protección por vía administrativa), y ser especialmente rigurosos a la hora de sopesar los valores en juego más allá de la característica propia del derecho penal como última ratio, y tener una especial consideración a la preocupación de la sociedad en la materia. No resulta obvio que la sociedad quiera proteger de igual manera al medio ambiente que a los bienes jurídicos patrimoniales, por caso, y tampoco que se puedan proteger de igual manera.

En efecto, a efectos de completar someramente la idea expuesta en el párrafo anterior, respecto a los criterios de selección de lo ilícito que legitiman la intervención del Derecho penal en áreas tradicionalmente extrañas a este, sostenemos que solamente la criminalización de las infracciones económicas de mayor gravedad, de conformidad con una concepción material del Bien Jurídico, que además supongan una modalidad de ataque especialmente grave, justifican la intervención del ius puniendi penal[47]. Esta visión se orienta por principios restrictivos de la intervención penal, cuyas prohibiciones deben abarcar aquellas conductas que supongan un riesgo jurídicamente desaprobado cualificado, lejos de los postulados de la “Escuela de Frankfurt”, que propugna por un “derecho penal mínimo” que proteja a los bienes jurídicos tradicionales asociados íntimamente con el individuo, o de la propuesta de Silva Sanchez de un Derecho penal de “dos velocidades”.

Sin entrar a considerar los desafíos que plantea la protección de bienes difusos para el derecho penal tradicional - porque las herramientas con las que cuenta la teoría del delito para solventar problemas de imputación objetiva y subjetiva en estructuras verticales y horizontales de división de tareas, por caso, son insuficientes - en este acápite se plantean los problemas de considerar al delito fiscal como subyacente al de lavado de activos en relación a los criterios de selección de lo ilícito por parte del Estado. Se mostrará que mediante una de las hipótesis planteadas en el presente trabajo (considerar que el delito fiscal puede ser precedente al de lavado), el Estado se podría estar alejando de la consecución de sus propias metas político-administrativas trazadas y tenidas en cuenta a la hora de legislar en la materia.

(i) Asistematicidad. Primariamente referirnos, como expusieramos anteriormente, que desde la creación de la figura del lavado y de todo su aparato administrativo-preventivo, el legislador estuvo orientado por acatar los lineamientos impuestos por el GAFI, más que reflexionar seriamente acerca del problema. Aunque hay cierto consenso en aseverar que se busca combatir al crimen organizado a través de la disuasión de los potenciales autores. No obstante lo cual, el legislador debió estudiar con mayor detenimiento las particularidades que presenta el crimen organizado en Argentina, y no importar disposiciones penales genéricas cuya aplicabilidad resulta discutible.

Por otro lado, a pesar de las primeras reticencias en castigar penalmente a algunas de las conductas del obligado tributario, resulta claro que con esto uno de los objetivos del Estado fue el de persuadir al resto de los contribuyentes a que pague los tributos debidos, amenazándolo ya no solamente con una sanción administrativa pecuniaria, por caso, sino de prisión. Esta función intimidatoria de la pena en materia tributaria, era anteriormente socavada por normas penales que extinguían la acción penal a través de regularizaciones/moratorias o bien por la posibilidad de suspender el juicio a prueba, en aras de una mayor eficiencia recaudadora. Ahora bien, con la última modificación de la ley 24.769 (detallada en el Capítulo 3), esto parece haberse dejado atrás. Viendo la evolución de la legislación tributaria podemos decir que, en un primer momento, el principal objetivo del Estado fue asegurar la recaudación, en donde primaba la eficiencia, y que hoy esto

mutó, focalizando sus esfuerzos en intimidar a los ciudadanos a que no impidan la normal función recaudadora del Fisco.

En lo referido al elemento típico ilícitos previos (del art. 303 inc. 1 CP) el cual de manera amplísima incluye a todos los injustos del CP, de las leyes especiales penales, y no solamente aquellos asociados al crimen organizado, lo cual no está exento de críticas[48], creemos correcto afirmar asistematicidad en la norma de lavado. Realizar un catalogo de ilícitos precedentes haría más eficaz la aplicación del delito de lavado de activos, que en la actualidad contamos solamente con una condena penal firme, y aumentaría la capacidad de motivación de la norma[49]. Cuanto mayor es el campo de aplicación de la norma penal, es decir, los supuestos de hecho que se subsumen en la norma, menor es la eficacia de la misma (entendida como posibilidad de imposición de condena). A su vez, la intimidación o el poder de disuasión que ejerce la norma sobre los ciudadanos es menor, puesto que menor es el grado de determinación de la norma. Un catalogo de delitos precedentes favorecería sustancialmente la eficacia del tipo de lavado, en tanto acotaría y orientaría los esfuerzos hacia la persecución y castigo de aquellos, y la inclusión en aquel listado de los delitos de la ley penal tributaria presentaría, al menos, dos problemas: a mayor expansión, menor eficacia y, por otro lado, las penas muy altas que ya prevé esta ley para las conductas allí tipificadas. En el Caso 1 la pena prevista para la evasión fiscal agravada por el uso de facturas apócrifas ya prevé y contiene el reproche del acto posterior de blanqueo por parte del mismo autor. Resulta manifiestamente desproporcional prever un máximo de hasta 19 años de prisión para el autor, en el supuesto del Caso 1, que con su conducta afecta bienes colectivos. Además, creemos que conmueve al sistema de penas del CP, puesto que en este caso se estarían previendo penas similares para conductas distintas, es decir, no es lo mismo una conducta que lesiona a un bien jurídico individual, que aquella lesiva de uno colectivo. No es razonable que el sistema penal castigue de similar manera a conductas que suponen un disvalor distinto.

A su vez, la asistematicidad tiene su vertiente práctica, desde que supone expresamente, desde la nueva redacción del art. 6° de la ley 25.246 que le otorga competencia a la UIF para el análisis, el tratamiento y la transmisión de información para prevenir delitos de la ley 24.769, que dos organismos todopoderosos cumplan con la misma función (UIF y AFIP). Se están expandiendo las facultades de la UIF, que recibió en el año 2012, 35.705 ROS anuales[50] por parte de los distintos agentes obligados, que ciertamente dificultan la eficacia para tratarlos todos y, no suficiente con esto, se agregan nuevos supuestos a investigar por dicho organismo.

El solapamiento de funciones por parte de estas dos agencias estatales (UIF y AFIP) sumado a la amplitud de los delitos subyacentes, demuestran el palmario despilfarro de recursos por parte del Estado en la persecución y prevención del BdC. Y refuerzan las teorías suspicaces que ven en esto una excusa y justificación (¿válida?) para los agentes estatales a la hora de decidir qué conductas de lavado perseguir. Es decir, el dicho popular “quien mucho abarca, poco aprieta” puede aplicarse aquí sin más, puesto que la UIF recibe más ROS de las que puede con criterio analizar, dado que los sujetos obligados para eximirse de responsabilidad (administrativa y penal) envían casi todas las operaciones, y esto se traduce en que debe necesariamente introducir un criterio de selección válido para su análisis y tratamiento. Este criterio es inminentemente político y utilizado como herramienta de control de aquellos a quien el Estado decide perseguir por otras cuestiones.

Vale decir algo más respecto del incremento exponencial del número de ROS recibidas por la UIF en estos últimos años, no nos referiremos a los Reportes de Operaciones Sospechosas de Financiamiento del Terrorismo debido a que son muy pocas (5 en total para el año 2012) lo cual no permite realizar un análisis acabado de la cuestión. De acuerdo a los datos informados por la UIF en su evaluación del año 2012: durante el año 2010 se generaron 3.081 ROS; durante el 2011, 13.387 ROS, y durante el 2012, 35.705 ROS. Se nota un crecimiento del 167% interanual entre el año 2011 y el 2012, y uno mayor al 400% entre el año 2010 y el 2011. Este incremento de los ROS se explica por varias razones, las cuales no nos detendremos aquí a analizar pormenorizadamente por exceder el objeto del presente trabajo, pero sí en una de ellas: la decisión de la UIF en orientar sus esfuerzos en exigir y supervisar a los Sujetos Obligados a fin de que reporten todas las actividades sospechosas que tengan alguna relación con un delito previsto en la LPT. Puesto que el incremento de los ROS experimentado en el año 2011 respecto del año anterior, se puede explicar también por una decisión política del Estado argentino en aumentar su interés en el área a fin de alinear sus intereses con los del GAFI. Para esto, entre otras cosas, mediante Decreto 245/2010 se nombró al Lic. Sbatella como Jefe a cargo de la UIF, en una ceremonia con pompas que presuponía el resurgimiento de esta dependencia. Ahora bien, para lo que aquí interesa, el incremento en los ROS del año 2012 respecto del 2011, tiene su explicación principalmente en la sanción de la Ley N° 26.683, el 11/06/2011, que manda a la UIF a que centre sus esfuerzos en prevenir, investigar y castigar al BdC preferentemente agregando tres nuevos delitos: i) extorsión, ii) trata de personas y iii) los previstos en la LPT. La UIF no posee estadísticas públicas respecto a qué delitos están vinculados a los ROS, por lo que no es posible conocer con certeza si la ampliación de las facultades de la UIF por la ley 26.683, en torno a los supuestos típicos a los que debe centrar sus esfuerzos, es una de las causas del incremento de los mismos y, en tal caso, con qué delito están mayormente asociados estos reportes. Lo que sí es razonable reseñar aquí, es que al incluir a los delitos de la LPT como subyacentes del delito de BdC, por parte de la ley 26.683, sumado al interés político de reforzar los esfuerzos por controlar a los obligados tributarios - expresado por el titular de la AFIP y por las exigencias impuestas por el GAFI en el Mutual Evaluation Report[51] - es posible y probable que este haya sido el factor determinante de dicho aumento.

(ii) Cuestiones probatorias. Por otro lado, veremos los problemas probatorios que presentan los Casos aquí elaborados, puesto que se podría suceder una doble secuencia de presuncionalidades en pugna con el principio de inocencia - en su arista procesal, in dubio pro reo. Como dijéramos con anterioridad, una de las particularidades que signan el delito precedente al lavado[52] es que no se le exige siquiera llegar a la categoría de delito sino que basta con la constatación de un injusto (acción típica y antijurídica).

Existe, en esta materia, un precedente en el cual no se ha esbozado cuál sería el delito precedente en caso de condena. Se dijo que se tenía "por probado el conocimiento directo de ambos imputados respecto al origen ilícito (del dinero) tanto por la importante cantidad del dinero como por el incontrastable ocultamiento con motivo de su exportación-importación o sus mentirosas declaraciones aduaneras (...) debe señalarse que no se requiere (...) el conocimiento de todos los detalles y pormenores del delito del cual proceden los bienes, sino como mínimo, la sospecha de su procedencia ilícita"[53]. En este caso existió una confesión en el marco de un juicio abreviado de dos individuos, que se reconocieron como mulas de dinero que intentaba ingresar al país, y que admitieron que el dinero que transportaban provenía de actividades delictivas ajenas. Más allá de este reconocimiento formal por parte de los imputados, no parece razonable creer que una

“mula”, dado su rol en la cadena de tráfico de drogas, conozca realmente el origen de los bienes, más allá de lo que cualquier buen vecino pueda suponer.

Como sostuviéramos al analizar la figura de encubrimiento, sostenemos que en el tipo subjetivo de BdC se requiere el conocimiento de todos los elementos del tipo y, en particular, de la ilícita proveniencia de los bienes objeto del blanqueo. Al igual que sujeto debe conocer que los bienes encubiertos provienen de un delito penal, en el caso, el autor del BdC debe conocer la ilícita proveniencia de los bienes. Aún más, el tipo de BdC requiere que el autor tenga la finalidad de darles la apariencia de licitud a los bienes (elemento subjetivo distinto al dolo), y esto sería imposible si no conoce que los bienes provienen de un ilícito penal. Quien desconoce el origen espurio de los bienes, difícilmente tenga una intención de darles apariencia de licitud, porque para él ya son lícitos. No basta con probar indiciariamente que el agente pudo haber conocido, o debió haberlo hecho, que el origen de los bienes no era lícito. Se debe probar que realmente conoció aquella ilicitud.

De allí que el delito fiscal tenga particularidades añadidas que vuelven más complejo aún su tratamiento como delito precedente por una posible doble secuencia de presunciones (las de la evasión misma, en tanto hace falta la certeza más allá de toda duda razonable que presupone una condena penal, y las que la acreditan como delito precedente).

(iii) Eficiencia y AED. Por último, introduciremos una herramienta poco usual en nuestro entorno jurídico, al igual que en la mayoría de los sistemas jurídicos de tradición continental: el AED[54], que consiste en estudiar al derecho desde la economía, entendida como “la ciencia que estudia el comportamiento humano como una relación entre los fines y los medios escasos susceptibles de usos alternativos”[55]. La amplitud de esta definición permite aplicar dicha herramienta en cualquier ámbito en donde haya escasez de recursos que, en definitiva, son todos en los que se desarrolle una actividad humana (puesto que al emprender cualquier actividad, o incluso no haciendo nada, dada la limitación temporal, podemos afirmar que siempre es posible plantearse cuáles serían los beneficios y costes de llevar a cabo una actividad alternativa).

Lo interesante de utilizar esta herramienta para analizar los Casos 1 y 2 propuestos, es que creemos que la verdadera razón de punir el autolavado es de sesgo económico: proveerle al Estado de una chance más para perseguir al evasor fiscal[56], en el entendimiento de que la norma va a tener un mayor poder intimidatorio. El AED nos puede dar armas para ver si esta es la mejor manera que tiene el Estado para alcanzar dicho cometido. Creemos que los legisladores especulan con que la existencia de un coste adicional para el delincuente (riesgo de ser punido por intentar aprovechar la cosa proveniente del delito, por aumentar tanto la pena esperada como las probabilidades - hasta ahora teóricas - de condena) se presentará como una desventaja añadida para este, al momento de decidir emprender su conducta delictiva.

Haremos una pequeña disquisición aquí, sin intentar avocarnos de lleno en la argumentación de Jakobs respecto de la legitimidad o función de la pena, para referir como el mencionado autor realiza, desde otra perspectiva al AED, una argumentación utilitarista y consecuencialista de la sanción penal. En resumidísimas cuentas, Jakobs entiende que la pena es necesaria dado que reafirma la vigencia de la norma vulnerada y el significado social de la pena no es otro que el reconocimiento de la norma transgredida. La pena tiene una función preventiva (positiva) al proteger a quienes se orientan en ella de aquellas

personas que deciden transgredirla. Esta es la fundamentación esencial y principal que hace Jakobs de la pena. En palabras del citado autor “la réplica ante la infracción de la norma por medio de la pena no tiene lugar por sí mismo, porque sí, sino porque en la vida social no se puede renunciar a orientaciones garantizadas (...) la pena debe proteger las condiciones de tal interacción y tiene, por tanto, una función preventiva (...) la protección tiene lugar reafirmando al que confía en la norma en su confianza (...) destinatarios de la norma no son primariamente algunas personas en cuanto autores potenciales, sino todos, dado que nadie puede pasar sin interacciones sociales y dado que por eso todos deben saber de lo que de ellas pueden esperar. En esta medida la pena tiene lugar para ejercitar en la confianza hacia la norma”[57].

Además, y teniendo una estrecha vinculación con lo postulado por el AED de la política-criminal, Jakobs refiere que “la pena grava al comportamiento infractor de la norma con consecuencias costosas, aumentando la probabilidad de que ese comportamiento se aprenda en general a considerarlo como una alternativa de comportamiento a no tener en cuenta. En esa medida la pena se despliega para ejercitar en la fidelidad al Derecho. Al menos, sin embargo, mediante la pena se aprende la conexión de comportamiento y deber de asumir los costes, aún cuando la norma se haya infringido a pesar del que ha aprendido”[58]. Para Jakobs, entonces, el autor ve como una consecuencia accesorio de la pena, que mediante la imposición de un mal (pena) al autor se da un mensaje al resto de la sociedad, de que ese tipo de conductas infractoras van a tener un costo adicional a tener en cuenta a la hora de decidir emprenderla. Si bien la reflexión de Jakobs no es igual a los postulados del AED, sí tienen similitud en tanto consideran, al menos accesoriamente, a la pena como un costo que el delincuente podrá tener en cuenta al momento de decidirse por una conducta delictual.

Volviendo, previamente a inmiscuirnos propiamente en el AED, cabe referir que no se hará un desarrollo exhaustivo de esta herramienta, por exceder ampliamente el objeto de la presente tesis, sino que se mencionarán las aristas de la misma que pueden ayudar a interpretar de manera distinta la problemática planteada en el presente trabajo.

El AED del delito y de la política criminal participa del doble análisis, positivo y normativo: el primero explica cómo responderían los sujetos concretamente frente a los incentivos ofrecidos por el ordenamiento jurídico - los producidos por las normas y sus cambios formales, los producidos por los cambios en la interpretación jurisdiccional de las normas, entre otros - valorando las consecuencias según el grado en que se avengan con la consecución de la eficiencia. La vertiente normativa-técnica refiere a que el AED se utiliza para determinar cuál es el mejor uso de los medios disponibles para la consecución de determinado fin (de carácter normativo ético, establecido con anterioridad al uso de esta herramienta).

No compartimos las críticas realizadas por una parte de la doctrina que, al nombrar consecuencialismo, automáticamente ven un monstruo político-criminal que se lleva por delante los derechos y garantías de los individuos con el fin de reducir el número de delitos[59]. Y es que este razonamiento se cimienta sobre una premisa no necesariamente válida: se contraponen el respeto a las garantías con un derecho penal orientado a las consecuencias. No es obvio que esto lleve a penas severas, ya que las consecuencias de una política-criminal son tanto el respeto de una garantía como su lesión. En otras palabras, una política-criminal cuya preocupación fundamental fuera la salvaguarda de las garantías también estaría orientada por las consecuencias, la consecuencia debe ser entendida aquí

como el respeto por las garantías. En definitiva, esta crítica respecto de la legitimidad de la orientación consecuencialista parece anclada en argumentos del pasado, la eficiencia acá es tratada como un predicado instrumental: el derecho se orientará a la consecución de ciertos valores/objetivos, trazados de antemano, y buscará, también, su eficiente consecución (utilizar los medios disponibles de la manera más eficiente posible).

No entendemos a la eficiencia como el principio integrador y legitimador de la intervención penal, sino tan sólo admitimos que este es un elemento integrante de la noción de justicia y que se completa con otros tantos instrumentos a fin de aspirar al pleno cumplimiento de todos los fines del Derecho. Por caso, las garantías liberales aparecen como límites externos, que operan demarcando el campo de acción de las consideraciones de eficiencia.

Becker partió en dos el moderno análisis económico de la política-criminal, (i) el estudio de la decisión de delinquir (análisis positivo), y (ii) el de la eficiencia en la asignación de los recursos en la prevención del delito (análisis normativo-técnico). A continuación veremos cómo incluir al delito fiscal como ilícito precedente puede no influir en la decisión del autor a la hora de delinquir, o al menos no tanto como muchos creen y, por esto, la asignación de los recursos a fin de perseguir este supuesto (recordemos que se encuentran la AFIP y la UIF cumpliendo la misma función) podría resultar desmedida.

i) La decisión de delinquir. En palabras de Becker:

“El enfoque aquí adoptado sigue el análisis de la decisión usual entre los economistas y asume que un sujeto comete un crimen si su utilidad esperada supera la que obtendría usando su tiempo y otros recursos en otras actividades. Algunas personas, entonces, se convierten en ‘criminales’ no porque su motivación básica difiera de las de otras personas, sino porque lo hacen sus costes y beneficios”[60].

A partir de este enunciado se formula la siguiente función, que pone en relación el número de delitos que comete un sujeto con su probabilidad de condena, el castigo que se le impondrá en caso de condena y otras variables:

$$O = O(p, c, u)$$

Siendo O el número de delitos que un sujeto estaría dispuesto a cometer durante un período de tiempo determinado, p la probabilidad de condena por cada delito, c la pena prevista para cada delito y u es la variable que abarca todas las otras influencias sobre la conducta del sujeto. Esta función se completa con el baremo de homo oeconomicus que supone que el individuo es un ser racional que se comporta teniendo en cuenta los costes y beneficios que suponen su conducta[61], (una herramienta más que sirve al análisis positivo de explicar y predecir el comportamiento humano) no nos referiremos aquí a las críticas realizadas a este baremo por entender que en otros ámbitos del derecho penal, en la imprudencia por caso, se utilizan frecuentemente[62].

Haremos una pequeña disquisición respecto de una de las premisas de la definición brindada por Becker, enunciada más arriba, que creemos relevante y que no se resalta a la hora de hablar del AED: la fuerte concepción igualitaria de esta herramienta. En efecto, el AED supone que todos los individuos guían su conducta realizando un enfoque de costes-beneficios, y no que haya ciertas personas que están determinadas, o con mayor

inclinación, a realizar conductas antijurídicas (sea por su entorno, educación, etc.). Si bien es cierto que puede haber ciertas características del pasado de la vida que influyen en el cálculo de costes-beneficios, a priori todas las personas están en una misma posición al emprender un curso de acción determinado (lejos del positivismo criminológico italiano de fines del Siglo XX y también de los postulados de la Escuela Ecológica de Chicago, de mediados del Siglo pasado)[63]. Esto puede tener alguna repercusión sobre la teoría de prevención especial, dado que implica suponer que las personas no se diferencian por razones de personalidad y/o ambiente, sino que el delincuente comete el delito porque esa es la solución más beneficiosa para él. Entonces, se cuestiona la idea de resocialización del delincuente, porque parte de la idea de que este tiene algún tipo de patología y que muestra una conducta desviada.

Volviendo a la función expuesta por Becker, veremos cómo esta herramienta, conforme a la función antes expuesta sintéticamente, nos brinda una razón más para sustentar la elección adoptada en el presente trabajo respecto de los Casos 1 y 2. La probabilidad de condena “p” incrementó significativamente, al menos en teoría, por la implementación de las siguientes modificaciones introducidas por la reforma de la ley 26.735 al régimen penal tributario[64], las que explicaremos con mayor detenimiento en otro acápite: reducir los supuestos de hecho en los cuales el contribuyente puede extinguir la acción penal a través de la regularización tributaria; eliminar con la facultad que contaba la autoridad fiscal administrativa de realizar la denuncia penal, y la imposibilidad de suspensión del juicio a prueba por estos delitos. En particular, la variable “p” que solía tender a cero, puesto que no había un número significativo de condenas en materia de evasión fiscal en proporción con las causas iniciadas[65], ahora tendería a uno (siendo 1 el 100% de las posibles). Es esperable que el número de condenas sea mayor a fortiori puesto que la probabilidad es también mayor.

La variable “c” no sufrió cambios por la modificación legislativa, puesto que el delito de evasión tributaria base o en su modalidad agravada de acuerdo al art. 2, inc. d LPT, han mantenido los mínimos y máximos de pena establecidos. La “cantidad” de pena esperada por el potencial autor se mantuvo intacta.

Finalmente, en la variable genérica “u” se incluyen todas aquellas influencias que no entran en las dos anteriores, como ser, los valores morales, proclividad a la violencia y la aversión al riesgo que tenga el autor. A groso modo, las influencias incluidas acá tienen una vinculación necesaria con la especial y única configuración de la personalidad del autor como individuo, a la cual no nos avocaremos porque implicaría inmiscuirnos en un profundo análisis criminológico y sociológico del individuo el cual no podemos enfrentar seriamente hoy. Por lo demás, referir que la variable “u” se mueve en una sintonía más letárgica que el resto, puesto que implica cambios sociales de base, que son de largo plazo, como ser: la educación, la sensación de inseguridad frente al crimen, estabilidad laboral, entre otros.

En síntesis, los cambios traídos por la última modificación de la LPT aumentarían significativamente las probabilidades de condena y, consecuentemente, reducirían a futuro la inclinación de los contribuyentes a evadir impuestos. Este cambio en la inclinación de los potenciales autores muy probablemente no vaya a ser perceptible hasta tanto no haya condenas firmes en la materia, puesto que las modificaciones en las leyes tienen un impacto relativamente bajo en la generalidad de la población, y porque dadas las experiencias personales de los contribuyentes se llegó a la generalizada percepción social de que “nadie va preso por deudas al Fisco” (tendiendo a cero los efectos disuasorios de la

norma penal tributaria). Todas estas cuestiones neutralizan los efectos de la última modificación a la LPT.

Insistimos en la idea de sostener que, en primer lugar, se debe evaluar el impacto que tenga la modificación en la LPT en la conducta de los obligados tributarios, antes que añadir una prohibición penal a otro tramo de una misma conducta (al incluir al evasor que 'lava' el monto evadido). Con todo, pareciera haber buenas razones para sostener que, especialmente, en los delitos económicos, los autores guían su conducta realizando un análisis de costes y beneficios. En esta línea Schünemann "puede ser que en los delitos cometidos espontáneamente, como enseña la investigación criminológica, no se consiga gran cosa con el agravamiento de la pena, pero existen razones de peso y, en mi opinión, las mejores razones para que rijan algo distinto en el sector de la criminalidad económica, planteado según cálculos de utilidad-coste y, por ello, racionalmente calculado, en tanto que sólo el riesgo de ser descubierto no puede ser descuidado por el autor"[66].

Por esto, creemos innecesario perseguir al evasor también por el lavado de los bienes que dejó de pagarle al Fisco, puesto que la nueva norma penal tributaria ya bastante fuerza persuasiva tiene para reforzarla con la pena de lavado. En otras palabras, endurecer las penas e incentivar a que los potenciales evasores dimitan de sus inclinaciones delictuales añadiéndoles otro delito por el cual responderán (puesto que daría una chance más al Estado para perseguir al evasor por el delito de lavado, endurecería las penas considerablemente en caso de considerar que media un concurso real entre ambos delitos o en un año si consideramos un concurso ideal, y ampliaría en un año el plazo de prescripción de la acción) no se corresponde con el carácter de última ratio que se pregona del derecho penal. Parece desatinado introducir modificaciones legislativas y no esperar y evaluar qué impacto tienen sobre el delito y el crimen, antes de modificarlas nuevamente a fin de asegurar el cometido buscado ya con la primera modificación. Entendemos que la sociedad espera soluciones más inmediatas a los conflictos sociales que las producidas por las modificaciones legislativas y los criterios jurisprudenciales. Por otro, el legislador se ve orientado por el clamor popular más que por la reflexión a la hora de modificar el CP, lo cual trae aparejado nuevos problemas prácticos. En esta línea, encauzado por el principio de última ratio, creemos que hubiera sido más apropiado ver el número de condenas con esta nueva LPT antes de introducir un refuerzo (quizás innecesario) a través de la interpretación de que el delito fiscal puede ser subyacente al de lavado.

ii) la asignación eficiente de los recursos en la prevención del delito

Aquí nos ocuparemos brevemente del tema de referencia, entendido desde el AED como "¿cuántos recursos y cuánto castigo debería usarse para aplicar diferentes tipos de legislación? Expresado de forma equivalente pero quizás más extraña: ¿cuántos delitos deberían permitirse y cuántos criminales deberían dejar de ser castigados? (...) el criterio general de ubicar los recursos allí donde estos obtengan rendimientos más elevados incluye la posibilidad de usarlos en programas de prevención primaria, de re-sociabilización o de mejora de las perspectivas laborales"[67]. En otras palabras, el objetivo del AED aquí es el de minimizar los costes sociales del delito, y como para esto hace falta análisis criminológicos serios en la materia, que en la Argentina creemos no existen a la fecha dada la falta de índices y estadísticas oficiales fiables, solamente haremos uso de esta herramienta de análisis para plantear algunas dudas respecto del Caso 1 que nos ocupa.

Se asevera que la forma ideal de sanción para el AED es la multa de elevada cuantía y no la larga condena a prisión, por obvias razones de costes económicos del delito. Mientras que tener en prisión a un sujeto le cuesta al Estado mucho dinero, obligarle a pagar una multa ensancha las arcas públicas. Entonces nos preguntamos si es político-criminalmente conveniente meter en la prisión a los evasores fiscales, o bien convendría aplicarle multas de elevada cuantía que engrosen el patrimonio del Estado y, por otro lado, disuadan al autor a que no evada (puesto que al realizar su análisis de costos-beneficios, estos serían menores a los primeros). En este sentido remarca Silva Sanchez que “por la propia lógica de la eficiencia habrán de ser preferibles aquellas instituciones punitivas que producen el mismo beneficio con menor coste. De ello se sigue que, dado que las sanciones no pecuniarias entrañan costes mayores que la pecuniarias, sólo deben ser aplicadas en caso de insuficiencia preventiva de las pecuniarias”[68]. En otras palabras, la aceptación a penas alternativas a la privativa de libertad en el ámbito penal económico habría de darse, de acuerdo a los postulados del AED, dado la posibilidad de reducción de los costes (costes de sufrimiento humano, de estigmatización y desociabilización y los estrictamente económicos de mantenimiento del reo en prisión) siempre y cuando no se disminuyera los efectos disuasorios sobre el resto de la población.

La multa fue la sanción penal estelar seleccionada sobre los evasores fiscales hasta la última modificación de la LPT, puesto que tradicionalmente el imputado esperaba para adherirse a un plan de pagos y realizarlo para extinguir la acción penal. De esta manera, el potencial autor conocía que en un mal escenario podía adherirse a una moratoria, y esto disminuía la capacidad de disuasión de la norma tributaria. Para una mayor eficiencia de la anterior política-criminal se necesita que quien determine la multa a imponer, los Jueces en este caso, sean capaces de hacerlo con la mayor exactitud posible teniendo en cuenta, especialmente, entre otras cosas: la determinación del monto evadido, los costes administrativos y judiciales de persecución de la conducta, los distintos intereses devengados y la capacidad real de pago de la multa por parte del evasor - a fin de no realizar un plan de pagos que disminuya significativamente el coste percibido por el autor. Todas estas cuestiones a tener en cuenta por el Juez a la hora de determinar la multa del evasor son parte del coste percibido por este último. Si bien nombramos parte de los costos incluidos dentro del concepto de daño social de la conducta ilícita por parte del autor, su precisa determinación es problemática y puede llevar a multas extraordinarias en el caso concreto. Supongamos que el daño social de una conducta ilícita es muy alto y, por el contrario, el provecho personal del autor es bajo. En este supuesto, el Juez podría establecer una pena de multa alta, en concordancia con el daño social realizado, pero que quizás no guarde relación con el injusto del autor. Es decir, el injusto entendido como la infracción a la norma realizada por el autor, la cual supone un perjuicio al Fisco “x”, pero que puede tener un daño social mayor por las especiales características de la conducta delictual y que, a fin de que la norma penal sea eficaz en el sentido del AED, esta debe prever una pena que incluya el daño social. Podría plantearse un problema de proporción de la pena en estos casos, quizás evitable por el límite a los máximos de las penas en particular.

Por otro lado, entendemos que la AFIP pareciera ser el ente más autorizado para determinar la multa, por conocer más acabadamente la situación patrimonial real del contribuyente. Esta es una razón más para pensar que el derecho administrativo-sancionador es el más eficiente en esta área.

En suma, creemos poco probable que el legislador tenga en cuenta el AED a la hora de legislar estos delitos, de tintes económicos, y que principalmente por esto falla en ver que “la sociedad podría conseguir más prevención, a menor coste, usando otros métodos. Si estos otros métodos más eficientes no comprometieran otros valores, serían socialmente deseables[69]”. El costo que supone tener a un individuo en prisión sumado a que no ingresa ningún activo a las arcas de la administración pública, y que este dinero - ahorrado y ganado respectivamente - podría ser utilizado para programas de prevención primaria y educación, son razones suficientes para reducir al mínimo indispensable los supuestos en que un individuo efectivamente termine en prisión por la evasión de un tributo.

La propuesta que realizamos es que se utilicen los recursos para la persecución del BdC por parte de organizaciones criminales y, de esta manera, se focalicen los esfuerzos del Estado en combatir las conductas que presuponen un mayor desvalor social en tanto lesionan intereses más importantes. En efecto, en relación con todos aquellos casos en que el capital tiene un origen ilícito distinto a la infracción tributaria es posible, y de hecho ocurre, que existan una serie de razones comunes para prohibir el BdC. Aunque esto no significa que se utilicen los mismos recursos de intervención en todos los casos. Un análisis de las normas supra e internacionales así como de la legislación argentina, evidencia que existe una tendencia a concentrar los recursos de intervención en el blanqueo de capitales que sean producto de actividades delictivas, desde el tráfico de drogas Ley N° 27.737, pasando por una catálogo de delitos muy graves vinculados en general al crimen organizado (como el tráfico de armas, tráfico de personas, etc.) ley 25.246, hasta alcanzar todo tipo de delitos - incluyendo, entonces, los delitos de evasión tributaria, plasmado por la Ley N° 26.683.

La concentración de los costes de prevención en aquellas actividades delictivas que causan más daño social puede fundamentarse en la eficiencia de la medida: es ineficiente perseguir del mismo modo conductas menos lesivas. Asimismo, la finalidad de evitar estos graves costes sociales permite analizar la alternativa de intervención por medio del Derecho penal, atendiendo al principio de última ratio, y la asunción de importantes costes económicos públicos y privados de prevención. Sin dudas es mucho más económico, y aplaca a la opinión pública más rápidamente, el modificar una ley que implementar planes de prevención del delito. Esto es, una vez implementado el sistema de prevención de la ley 25.246, resulta marginalmente menos costoso ir incluyendo cada vez más delitos a la hipótesis típica. Puesto que el costo marginal más alto es el inicial: el armado del sistema de prevención. En palabras de Bermejo “la opción por la ampliación del catálogo de delitos encuentra fundamento en la ineficiencia sobreviviente producto de las dificultades en la implementación para distinguir de qué tipo de delitos provienen los bienes y en los menores costes marginales de la ampliación (una vez establecido el sistema de prevención hay una economía de escala en relación con la incorporación de nuevos delitos)”[70].

3. El Bien Jurídico protegido por el delito fiscal y análisis de la última reforma de la Ley Penal Tributaria [\[arriba\]](#)

Aquí se explicará someramente la corriente que se adopta en la presente tesis respecto de la determinación del Bien Jurídico protegido en el delito de evasión fiscal (art. 1 y 2 de la Ley N° 24.769), sin pretender abarcar todas las tesituras disponibles en la actualidad, cuestión que escapa el objetivo del presente y que podría ser objeto de estudio de otro trabajo. Adelantándonos, referimos que esto es importante porque de acuerdo a la postura adoptada respecto a qué bien es protegido mediante el delito de evasión fiscal, veremos la posibilidad de considerar al lavado de activos provenientes de la evasión como un acto

posterior copenado (dado que el concurso aparente de delitos, al aplicarse el principio de consunción, requiere que los dos espacios típicos afecten a un mismo bien jurídico). En tanto estos, el bien jurídico del delito tributario y del de BdC, se encuentran en la misma línea de protección.

En cuanto a la elaboración que hace la doctrina del bien jurídico tutelado por el derecho penal tributario, esta no es unívoca y, por esto, nos adentraremos y expondremos sucintamente las dos posiciones, que tienen aceptación mayoritaria, y que son relevantes a los fines del presente trabajo:

El delito tributario como delito contra el orden socioeconómico. Se puede sintetizar esta posición en que “si algo justifica la intervención del Estado en la economía es precisamente el orden coercitivo, cuya regulación se encomienda a la Hacienda Pública, que aparece como bien jurídico protegido en el delito fiscal (...) la situación de este precepto entre los delitos contra la Hacienda Pública, y por tanto contra el orden económico en sentido estricto, se justifica porque el bien jurídico protegido directamente es la facultad del Estado de intervenir en la economía fomentando determinados aspectos de la misma y no simplemente un aspecto patrimonial”[71]. Estos entienden que la actividad financiera del Estado tiene una rama en la actividad tributaria, y que si se afecta a esta última entonces, se estaría afectando al elemento troncal del mismo. Quienes descartan esta postura alegan que “el derecho penal económico agrupa distintos aspectos que en su dinámica afectan al orden socio-económico, entre los que se encuentra el derecho penal tributario por su relevancia e influencia en aquél. Pretender que por el derecho penal tributario se tutela el orden socioeconómico, no sólo representaría una imprecisa determinación de la existencia de los bienes jurídicos intermedios y específicos, sino que implicaría la necesaria comprobación de algún grado de lesión o (efectiva) puesta en peligro de la economía nacional por la violación de los preceptos contenidos por aquellas normas, tornándose, de esta manera, en un derecho penal con contenidos aún más abstractos (y aún más simbólicos)”[72].

Nos adelantaremos a lo que será desarrollado más adelante, pero solamente para indicar que sería prudente que el delito de lavado de activos precise con la mayor determinación posible el bien jurídico protegido. Dado que la misma crítica del párrafo anterior, puede realizarse respecto de que pretender que el delito de BdC tutela el orden económico y financiero representa una imprecisa determinación de la existencia de bienes jurídicos intermedios. Puesto que actualmente se encuentra bajo la rúbrica de los delitos contra el orden económico y financiero, que es el género de otros tantos delitos de índole económica, y que no es para nada obvio que las distintas conductas típicas que podrían subsumirse bajo el tipo de lavado, que son demasiadas y de lo más variadas, afecten de igual manera al orden económico y financiero.

El delito tributario como delito contra la Hacienda Pública en sentido dinámico. La mayor parte de la doctrina es coincidente en determinar que el bien jurídico protegido por la LPT es la “Hacienda Pública, en un sentido dinámico, esto es, la actividad financiera del Estado como proceso dirigido a obtener recursos y realizar el gasto público, mejor expresado como sistema de recaudación normal de ingresos para solventar el gasto público demandado por la atención de los cometidos básicos del Estado”[73]. En esto se diferencia claramente de la tesis planteada por quienes entienden que el bien jurídico es la afectación del patrimonio del Estado, y es que si bien se afecta al patrimonio del Estado esto no es todo, siquiera lo más trascendente. Sino que se tiene en miras perseguir a las conductas que

dificultan la capacidad del Estado de recaudar los tributos debidos que, a su vez, afectan mediatamente los planes que tiene el Estado para redistribuir lo recaudado de acuerdo a su política social-económica.

En otras palabras, se está protegiendo (mediatamente) la capacidad del Estado de cumplir durante un período de tiempo determinado con las necesidades más básicas que una sociedad puede tener y, sobre todo, de los sectores más marginados de la misma. Como indica Ayala Gomez, “centrada la tutela en la función tributaria, como aquella a la que corresponde la consecución del fin recaudatorio de los tributos a través de un proceso en el que se actúan las potestades de imposición, es en este último apartado, el de la recaudación, en el que se concreta el bien jurídico, en la medida en que está representado por el interés de la Hacienda Pública, en la percepción de los tributos, de un modo completo y exacto. El acento se pone en el contenido patrimonial de dicho interés, dado que no se trata de su genérica protección, sino de lo que se dispensa contra los ataques más graves del mismo: aquellos que suponen un detrimento en las entradas que han de ingresar en el Erario Público, mediante determinadas modalidades de comisión y a partir de determinada cuantía”[74].

En este mismo sentido se expreso una buena parte de la jurisprudencia, como la CNCP al referir que “hay que buscar al bien jurídico en el deseo de proteger un interés macroeconómico y social, consistente en la Hacienda Pública, pero no en un sentido de patrimonio del Fisco sino como sistema de recaudación normal de ingresos para solventar el gasto público, o sea bajo la faz dinámica de permitir que los gastos y la distribución de beneficios para amplios sectores de la sociedad quede asegurado con un régimen de ingresos de tributos”[75]. Este entendimiento del Estado moderno en su doble faz de recaudación de tributos y el gasto público correspondiente, encuentra asidero en los arts. 4, 16 y 75, inc. 2 y 8 de la CN. Las cláusulas constitucionales que establecen la justicia social y el bienestar como pilares fundamentales del desarrollo humano, exigen, en su faz práctica, que el Estado utilice su mecanismo de recaudación de tributos y su posterior gasto para asegurar aquéllos.

Recapitulando, “la visión de este delito como figura que afecta un bien jurídico supraindividual nos permite explicar, con claridad, esta especie de pluriofensividad que ostenta el delito de evasión fiscal. Por un lado, existe una inmediata afectación a una función estatal de percepción, verificación, control, etc., que es lo primero que se ve conmovida por la infracción del deber periférico extrapenal; pero al mismo tiempo, y de modo mediato, existe una afectación al patrimonio del Estado entendido de modo dinámico”[76], que se compone por la efectiva realización de las funciones financieras, de justicia y político-económicas del Estado, a través del ingreso del debitum fiscal, de acuerdo con la normativa reguladora de cada tributo individual integrante del sistema tributario.

Asimismo, corresponde realizar un comentario respecto de la última modificación del Régimen Penal Tributario traída, cuando el día 28 de diciembre de 2011 se publicó en el Boletín Oficial la Ley N° 26.735, que acentúa la sanción de normas penales, sin un fundamento sólido de política criminal expandiendo, así, indiscriminadamente el ámbito de aplicación del derecho penal cuando el mismo debe ser el último recurso, por los menos en el marco de un Estado de derecho[77]. En estos últimos años el Estado se preocupó por expandir desmesuradamente el campo de lo punible en materia penal tributaria, no consiguiendo modificaciones importantes, puesto que el número de condenas no ha

aumentado, pero sí el número de procesos iniciados. Por otro lado, es entendible que el derecho penal deba ir ajustándose a las prácticas delictuales actuales, sobre todo en el campo tributario que la mutación va más de prisa, a fin de proteger los bienes jurídicos con mayor efectividad.

Haré referencia especialmente a las reformas que creo ejemplifican de una mejor manera el expansionismo punitivo traído por esta última reforma que, por otro lado, no es claro en cuanto a los presupuestos de hecho y que mencionaré brevemente. Así, el legislador buscó maximizar los efectos disuasivos en el contribuyente por medio de esta ley (prevención general negativa), a través de tres modificaciones: reducir los supuestos de hecho en los cuales el contribuyente puede extinguir la acción penal a través de la regularización tributaria; eliminar con la facultad que contaba la autoridad fiscal administrativa de realizar la denuncia penal y la imposibilidad de suspensión del juicio a prueba en los casos de delitos fiscales.

Así, se extingue la acción penal tributaria solamente cuando el obligado evasor regulariza su situación antes de que se produzca una inspección iniciada, observación de parte de la repartición fiscalizadora o denunciada presentada, que se vincule directa o indirectamente con él[78]. En la anterior redacción de la norma el contribuyente podía regular su situación por un lapso considerablemente mayor de tiempo - hasta el requerimiento fiscal de elevación a juicio. Por ejemplo, la rectificativa espontánea, de una declaración jurada inexacta presentada por el contribuyente al vencimiento del pago del impuesto correspondiente, luego de consumado el delito podría operar como una especie de arrepentimiento pos-delictual. Si bien la redacción de la norma es ciertamente confusa (sólo a modo de ejemplo diré que no queda claro a qué tipo de denuncia se refiere, si solamente aquellas vinculadas con la ley 24.769 y/o con delitos comunes que tengan conexión con el incumplimiento de obligaciones tributarias, o con cualquier otro tipo de hecho delictual, o qué pasa si esta es manifiestamente inverosímil), queda claro que la opción de extinguir la acción penal por parte del contribuyente se ha reducido notablemente. Asimismo, repercute en la eficiencia de los planes de recaudación por parte de las provincias al ejecutar planes de moratoria, puesto que el contribuyente bajo inspección no tiene ningún incentivo a adherirse a estos ya que será objeto de persecución penal de todas maneras. Y aquí se ve un resabio de lo que efectivamente quiere el legislador con esta nueva sanción, persuadir a potenciales evasores a que no evadan comunicando, a través de la norma penal, que irán a juicio no obstante haber recompuesto la recaudación fiscal.

El art. 19 de la Ley N° 26.735 deroga y elimina la facultad con que contaba la autoridad fiscal administrativa para realizar las denuncias penales por incumplimiento solamente en que los casos que lo creyera oportuno. Esto traerá aparejado un mayor número de procesos penales en materia penal tributaria.

Finalmente, la reforma agrega un párrafo a la actual redacción del artículo 76 bis del CP que determina: “tampoco procederá la suspensión del juicio a prueba respecto de los ilícitos reprimidos por las Leyes N° 22.415 y 24.769 y sus respectivas modificaciones”.

En suma, con la eliminación del instituto de extinción de la acción penal, art. 16 de la ley 24.769, y con la modificación del artículo 76 bis del CP se verifica que ya no se puede extinguir la acción penal cancelando la totalidad de la pretensión fiscal o suspenderla bajo

el régimen de la probation, lo que seguramente incrementará el número de juicios y condenas por los delitos tributarios.

4. Las particularidades del delito fiscal que dificultan su tratamiento como delito precedente [\[arriba\]](#)

Como ya hemos establecido en la introducción del presente, consideramos que el delito fiscal puede ser delito subyacente del de lavado de activos, luego de la última modificación de la Ley N° 25.246 en la que expresamente se menciona que la UIF será la encargada de prevenir el delito de lavado de activos preferentemente proveniente de la comisión de delitos previstos en la ley penal tributaria. No obstante lo cual, dicha tesis no se encuentra exenta de críticas, las cuales se sistematizaran en el presente capítulo. Es bueno reiterar aquí también que en este trabajo no se pretende desenvolver en plenitud y profundidad un problema tan profundo como puede ser, la pugna entre los principios penales y las normas penales en juego, sino que se trata de dar una visión sumaria de algunos aspectos de los problemas y vinculándolos, sobre todo, con la teoría general del delito. Asimismo, indicar que los distintos apartados del presente capítulo responden a un motivo de ordenamiento práctico, es decir, entendemos que para un mejor entendimiento de las cosas es necesaria esta división, pero como se verificará luego, la misma no debe ser entendida como comportamientos estancos en los cuales sólo se trata determinada problemática, sino que la misma dinámica de los problemas hace necesario entrelazarlos.

4.1. Principios penales

De los problemas que se sistematizan a lo largo del capítulo, este seguramente sea el escollo más importante a sortear por la norma penal del art. 303, inc. 1 CP, a fin de considerar, como ya se adelantó que es formalmente posible, al delito fiscal como subyacente al mismo.

Cabe recordar que los principios penales actúan como límite del poder decisorio en materia penal por parte del Estado y, a su vez, operan como garantía de los ciudadanos frente a la actividad sancionadora de aquel. Los principios penales son normas que obligan a legislar y decidir de determinada manera, de acuerdo al marco de política criminal establecido por la CN. Cuando se actúa en contradicción con estos, que suele darse en el caso en particular y debe ser resuelto por el Juez a través de la argumentación jurisdiccional que armonice la norma legal con los principios en juego, el resultado es la invalidez del precepto penal en particular por oposición a los principios. Esta debe ser la última herramienta, porque la invalidez de una norma penal sancionada de acuerdo a las vías legítimas democráticas refuerza el contralor propio, de acuerdo a la división de poderes, de un Estado democrático de derecho, pero es la vía más agresiva para tal cometido. Por lo que el Juez debe atender a la interpretación de la norma penal en juego que mejor se adecúe con los principios que está en pugna, para salvar su validez en ese caso concreto. Si bien el carácter normativo de los principios penales encuentra su primer nivel de recepción en la CN y los Tratados Internacionales, y muchas veces son receptados por los ordenamientos penales de fondo o procesales, su alcance se ve reflejado en la tarea argumentativa jurisdiccional. Porque es aquí donde se ve realmente plasmado el contorno y su explicitación, a través de la tarea de argumentación para cada caso en particular.

Veremos de qué manera los Casos 1 y 2 planteados se encuentran en conflicto con distintos principios penales, en particular: legalidad, ne bis in idem, culpabilidad, lesividad, proporcionalidad y de mínima intervención o última ratio.

Hay autores que sostienen la posibilidad que la punición del lavado proveniente de la evasión constituya una doble persecución prohibida. Este argumento es correcto en buena medida, en tanto el ne bis in idem verificaría las tres identidades que requiere en el caso de autolavado de la cuota evadida, y ello contrariaría nuestro ordenamiento fundamental. No nos explayaremos sobre la historia y raigambre del principio constitucional citado, sino solamente referir que es dable afirmar que toda persona posee una protección constitucional contra el intento por parte del Estado de perseguirla penalmente más de una vez por el mismo hecho. Así, la garantía del non (o ne) bis in idem está prevista en la Carta Magna, en la legislación infra-constitucional y también es receptada sin reservas por la jurisprudencia nacional[79].

Esto se agrava en legislaciones, como la argentina, en las que la mera posesión del bien proveniente del delito previo -por el mismo perpetrador del delito subyacente- conduce a una incriminación adicional por delito de lavado[80]. Así, por ejemplo, el sujeto evasor persona física siempre poseerá su alícuota no tributada producto del engaño. De ese modo siempre, por su única conducta de defraudar por engaño al fisco, el evasor incurrirá en un concurso real de delitos (evasión y lavado) que se consumaran en el mismo momento, desde que la receptación del dinero proveniente de un ilícito penal ya es típico.

Se alega que la sanción como BdC de la conducta de convertir o transferir el dinero supondría castigar dos veces la misma conducta. Al defraudador se le estaría castigando adicionalmente por un BdC, que necesariamente vendría anudado al delito fiscal, porque lo normal es que quien defrauda al Fisco transmita el dinero, lo convierta u oculte o encubra su origen, conductas típicas del mencionado artículo. Por ello, prácticamente siempre que haya delito fiscal habrá también BdC. Vendría a ser una pena adicional para el delito de evasión tributaria. Este choque con la garantía contra la doble incriminación, es evidente en el Caso 1, puesto que es el mismo autor quien evade el tributo y luego utiliza el dinero que debió ingresar en las arcas públicas para gastos corrientes - típicos conforme al art. 303 inc. 1 CP. En el Caso 2 este problema no surge, dado que no hay identidad de autor al ser el obligado evasor distinto al que aplica ese dinero en la economía formal.

Esto había sido resuelto por el texto del tipo de lavado, en su versión de acuerdo a la primera redacción de la ley 25.246, que excluía de forma expresa del grupo de posibles autores a quienes hayan tenido intervención en el delito previo, dado que el autor podía serlo con relación al “dinero u otra clase de bienes provenientes de un delito en el que no hubiera participado”. Puesto que al considerarlo por entonces como una forma especial de encubrimiento, excluía como posible autor de lavado a quien haya intervenido en el delito previo (ahora ilícito) que reconocían como fundamento que no le era exigible, al autor, realizar otra conducta y que el lavado de los bienes constituía un acto posterior copenado (no impune). Esto es, resulta lógico suponer que quien ha cometido un delito, y con esto obtenido un beneficio económico, intente luego encubrirlo o utilizarlo de la manera que había previsto (o no) al momento de cometerlo.

Este fundamento trae a colación otro principio que se encuentra en pugna con los supuestos de hecho aquí planteados, el de culpabilidad, que se rige como principio fundamental en el

derecho penal de nuestro tiempo, siendo derivación exigida del principio de legalidad del art. 18 de nuestra Carta Magna y del principio de dignidad humana. Siendo que la CSJN ha dicho en reiteradas oportunidades que la culpabilidad es el presupuesto ineludible de la pena[81]. Cabe preguntarse si es legítimo exigirle al evasor que luego no utilice el dinero proveniente de la alícuota fiscal evadida, motivándose así en la norma primaria del lavado de activos.

En sumarísimas cuentas recordemos que “el principio de culpabilidad se vincula materialmente a la reprochabilidad y en cierto modo a la idea de poder actuar de otro modo como elementos de fundamento personalista. Así, culpabilidad es reprochabilidad y esta consiste en juzgar que el autor, pudiendo adecuar su conducta a la norma, optó por su oposición al derecho”[82]. A modo de completar la idea antes expuesta, el punto de partida está dado por la idea de autodeterminación de los individuos que, explicado de una manera simple, es la capacidad de las personas de tomar decisiones sin intervención ajena. Esto es, el sujeto es libre para elegir qué conducta desarrollar y, pudiendo en el caso concreto actuar conforme a la norma, decide oponerse. En palabras de Jakobs “a un autor que actúa de determinado modo y que conoce, o al menos puede conocer, los elementos de su comportamiento, se le imputa que considere a su comportamiento como la conformación normativa. Esta imputación tiene lugar a través de la responsabilidad por la propia motivación: si el autor hubiera sido motivado predominantemente por los elementos relevantes para evitar un comportamiento, se habría comportado de otro modo; así pues, el comportamiento ejecutado pone de manifiesto que al autor en ese momento no le importaba la evitación predominantemente”[83]. La contradicción de la norma por medio de una conducta es la infracción de la norma, en otras palabras, esta infracción normativa es una desautorización a la norma. Al haber una desautorización normativa surge un conflicto social, dado que se pone en jaque a la norma contrariada como modelo de orientación. Parece extraño que quien desautorice la norma tributaria, al evadir el pago del tributo, luego deba motivarse en la norma del BdC, a fin de evitar un nuevo conflicto social. Puesto, tal como se sostendrá más adelante, la utilización del dinero del tributo defraudado por parte del mismo autor, no supone un nuevo conflicto sino, más bien, la realización del conflicto primogénitamente suscitado.

En el Caso 1, nos encontramos frente a un sujeto que está obligado al pago de un tributo en concepto de Ganancias y que toma la decisión de evadir el pago del mismo, a fin de realizar determinados pagos con aquél dinero que mantiene en su patrimonio. Es decir, la finalidad con la que el sujeto evade el impuesto es utilizar el dinero no pagado al Fisco para otros propósitos. Una vez vencido el plazo para el pago del tributo, el autor podrá: i) utilizar el dinero, conducta típica de lavado; ii) regularizar espontáneamente su situación dando cumplimiento a las obligaciones evadidas, de acuerdo al art. 16 de la ley 24.769 por lo que quedará exento de responsabilidad penal; o iii) mantener el dinero evadido en su patrimonio, conducta típica de receptación del art. 303 inc. 3 CP.

Creemos que no se le puede exigir al autor de la evasión tributaria que luego regularice su situación espontáneamente, en vez de tener y/o utilizar el dinero proveniente de la cuota evadida (porque las variantes i) y iii) son típicas y merecedoras de un reproche penal). El derecho no puede exigir conductas virtuosas de los individuos. Porque la utilización era, seguramente en la mayoría de los casos entre los cuales se incluye el Caso 1 aquí propuesto, la finalidad buscada por el autor al momento de evadir el tributo correspondiente. Es otras palabras, el autor de la evasión tributaria tuvo en miras, a la hora de no pagar mediante engaño al Fisco, utilizar ese dinero para otros fines. La introducción del dinero evadido en

el mercado por parte del evasor, no es más que la consecución de su fin (remoto), la realización de su plan.

En el orden propiamente del reproche, el principio de culpabilidad refiere a “la posibilidad efectiva de ajustar su conducta individual a los mandatos de las normas jurídicas”[84], que ciertamente la tuvo el autor del Caso 1, pero respecto de la norma del tipo de evasión tributaria, vulnerando ya en este momento la norma del lavado de activos - aunque no materialmente. Por otra parte, la excusa absolutoria del delito tributario prevista en el art. 16 de la ley 24.769, ya es incentivo suficiente de enmendar la afectación a la capacidad recaudadora del Fisco y, a su vez, evitar la introducción de ese dinero dentro del mercado.

Hasta donde alcanzamos, no vemos un problema con el principio de culpabilidad en el supuesto del Caso 2, puesto que ya no nos encontramos frente a un único autor del delito tributario y del lavado. Esto cambia sustancialmente, en tanto sí se le puede exigir a quien no intervino en el ilícito penal previo al de lavado, que se motive en el norma de lavado, puesto que, al no intervenir en el hecho previo, este es el primer momento que se encuentra ante una norma y sus efectos persuasorios, de manera que es acá dónde decide intervenir en el hecho o no.

Habrá que ver qué papel juega la opinión de un organismo (no vinculante para los Tribunales) que es, o debería ser, una usina de ideas para el Poder Judicial: la Universidad y, en particular, la UBA. Así, el Centro de Economía y Delito de la Facultad de Ciencias Económicas de la UBA emitió un pronunciamiento sobre la Ley N° 26.683 en donde concluye:

1- En el marco de la ley de lavado de activos, los ilícitos tributarios sólo pueden ser considerados bienes procedentes de un ilícito penal cuando los mismos importaron un incremento patrimonial originados en una actividad ilícita como resulta ser la obtención de subsidios impositivos ardidosos (art. 4 de la ley 24.769);

2- Si el hecho imponible tuvo su origen en una actividad lícita, la evasión tributaria no puede constituir por sí lavado de activos de origen delictivo alguno[85] .

Si bien no es vinculante la interpretación realizada supra, entendemos que sería conveniente aunar criterios y determinar si el delito fiscal puede ser precedente del de lavado de activos -dada la falta de precedentes jurisprudenciales en la materia- a fin de que el sujeto en el caso en particular pueda comprender y motivarse en la norma penal[86].

En este sentido, y si bien refiriéndose al organismo administrativo aplicador, recientemente la Cámara en lo Penal Económico dijo que “estos desacuerdos evidentes y sustanciales entre las distintas reparticiones del propio Banco Central de la República Argentina, confirman aún más el temperamento adoptado por el suscripto en tanto resulta lógico entender que si entre los mismos integrantes del organismo instructor y con facultades legiferantes en esta materia no se alcanzó una conclusión unívoca y uniforme en torno a la tipicidad o no de las operaciones de compra y venta simultánea de títulos de valores, menos aún corresponderá entonces exigir a los particulares destinatarios de dichas normativas ajustar sus conductas a estos indefinidos mandatos. En esta inteligencia, estimo que la sentencia condenatoria resulta inconciliable con los principios de legalidad y culpabilidad que gobiernan y legitiman el ejercicio del poder punitivo estatal, dada la palmaria imprecisión, contrariedad e

incerteza que presentan las normas penales cuya infracción se les atribuye a los sumariados”[87].

Esta última crítica es una arista más de la problemática respecto a la falta de precisión legislativa en torno al catálogo de delitos precedentes, que está en constante fricción con el principio de máxima taxatividad legal e interpretativa. Va de suyo que siempre hay cierta imprecisión en las palabras, puesto que tienen cuanto menos dos acepciones en el uso lego del lenguaje, pero aquí es donde se afirma el principio de legalidad, exigiendo al legislador que otorgue la mayor precisión posible al texto legislativo. En palabras de Zaffaroni “no baste que la criminalización primaria se formalice en una ley, sino que la misma debe hacerse en forma taxativa y con la mayor precisión técnica posible conforme al principio de máxima taxatividad legal (...) como cuando remite a conceptos vagos o valorativos de dudosa precisión”[88].

De los conflictos suscitados entre la norma del art. 303 inc. 1 CP y los distintos principios penales enumerados hasta aquí, quizás sea este último el que presente menos problemas. Dado que respecto del tipo de lavado de activos no se puede decir que el legislador haya prescindido del uso de los verbos típicos ni que haya establecido una escala penal de amplitud inusitada - aunque sí podemos afirmar que uso un catálogo abierto de verbos típicos, pero lo mismo se puede decir respecto del tipo de estafa en el CP sin que haya mayores inconvenientes - cuestiones que traerían aparejado inseguridad jurídica. No es menos cierto que en torno a los delitos subyacentes se refiere, indeterminadamente, a “ilícitos penales”. Ya ni siquiera se refiere a los delitos precedentes, sino que amplía aparentemente el ámbito de lo punible hacia los ilícitos penales. Decimos bien aparentemente, puesto que ya había cierto consenso doctrinario en requerir respecto del delito subyacente una acción típica y antijurídica. Entiendo que esta modificación en el elemento del tipo viene dada por las últimas Recomendaciones del GAFI, en su Informe de febrero de 2012, y que tienen como finalidad establecer que basta con que haya un injusto (acción típica y antijurídica) para que sea presupuesto típico del art. 303 CP, y no ampliar la gama hacia los ilícitos administrativos o fiscales, por caso.

En todo caso, a pesar de como se presupone en el presente, no es obvio que los delitos fiscales puedan ser precedentes del de lavado de activos, el art. 6 de la Ley N° 25.246 refiere a las funciones de prevención de lavado de activos por parte de la UIF y, haciéndose una interpretación favor rei, se podría decir que dicha norma es de carácter administrativo y tiene validez allí solamente, no extendiéndose al tipo delictual. Por otra parte, el mentado artículo refiere a los “delitos previstos en la Ley N° 24.769”, pudiéndose interpretar restrictivamente, conforme lo hiciera la Facultad de Ciencias Económicas de la UBA, entendiendo que sólo pueden ser considerados bienes procedentes de un ilícito penal cuando los mismos importaron un incremento patrimonial originados en una actividad ilícita como resulta ser la obtención de subsidios impositivos ardidosos (art. 4, ley 24.769). Es decir, que a pesar de la amplitud, y consiguiente vaguedad, de la expresión utilizada por el legislador, a través de las herramientas de la hermenéutica penal se puede realizar una interpretación armoniosa con el principio de máxima taxatividad, como la aquí propuesta, de manera tal de excluir a los ilícitos penales tributarios e incluir en la hipótesis típica la obtención de subsidios impositivos ardidosos únicamente.

En cuanto al llamado principio de proporcionalidad mínima, se ha dicho que “la criminalización alcanza un límite de irracionalidad intolerable cuando el conflicto sobre cuya base opera es de ínfima lesividad o cuando, no siéndolo, la afectación de derechos que

importa es groseramente desproporcionada con la magnitud de la lesividad del conflicto. Puesto que es imposible demostrar la racionalidad de la pena, las agencias jurídicas deben constatar, al menos, que el costo de derechos de la suspensión del conflicto guarde un mínimo de proporcionalidad con el grado de lesión que haya provocado”[89]. Esto obliga a jerarquizar las lesiones y a establecer un grado de mínima coherencia entre las magnitudes de penas asociadas a cada conflicto criminalizado. El vínculo entre la pena y la afectación al bien jurídico por el autor es ineludible, por lo que el mal elegido por el estado para contrarrestar y suspender el daño producido por el autor debe guardar cierta proporción, siendo intolerable e ilegítimo el uso del ius puniendi de manera categórica. Refuerza la idea de que es el Estado quien debe escoger entre dos irracionalidades a fin de suspender el conflicto, impidiendo el paso de las de mayor contenido, y que no puede tolerarse la idea de que sea el Estado quien elija una pena que no guarde proporción con la afectación producida por el autor del delito.

En el Caso 1 vemos como se podría llegar a producir una alteración intolerable para el sistema de penas de nuestro CP, dado que la misma persona puede sufrir la pena correspondiente al delito fiscal agravado (subyacente) y al de lavado de activos, pudiéndose establecer un máximo de hasta diecinueve años de prisión para el autor. La realidad es que hasta la fecha los Tribunales argentinos no han establecido este tipo de penas para estos delitos, todo lo contrario, no han puesto penas por la concurrencia de estos dos delitos aún, reforzando la idea de un derecho penal simbólico que viene a acoger las recomendaciones internacionales en la materia. Con la idea de salir de este derecho penal simbólico, demagogo a los requerimientos internacionales en materia de lavado de activos, y que realmente se condene por el tipo del 303 inc. 1 CP, es fundamental prever las inconsistencias posibles y probables, y por esto evitables, del uso de herramientas o tipos de resguardo. Corresponde remarcar que no resulta para nada claro que el monto (condición objetiva de punibilidad o elemento del tipo, cuestión en la cual no me embarcaré aquí a explicar) establecido en el tipo de lavado, de pesos trescientos mil alcance a afectar significativamente el orden económico y financiero que protege. Lo mismo podría decirse del tipo del art. 1° y 7° de la Ley N° 24.769, de pesos cuatrocientos mil, respecto del bien jurídico Hacienda Pública[90]. Y es que la protección de los Bienes Jurídicos colectivos viene a ser, un adelantamiento de castigo, en tanto en última instancia estos protegen bienes jurídicos de carácter individual[91]. No obstante lo cual hay quienes sostienen que la lesividad en el caso concreto del delito de defraudación tributaria viene dada justamente por el monto establecido en el tipo, que ha dejado de ingresar en el patrimonio público, de manera tal que hay un perjuicio patrimonial efectivo para las arcas públicas dado que este faltante repercutirá en algún sector del gasto público (sea en el sector de la educación, salud, seguridad, etc.).

El objetivo aquí es llamar la atención respecto de la jerarquización de las penas en nuestro CP que se podría ver alterada, al ver que el Estado asimila el mal elegido para la suspensión del conflicto, a fin de proteger bienes jurídicos que tradicionalmente son considerados distintos. Es extraño que la protección de bienes jurídicos de carácter económico y financiero, como los aquí presentados, se asimile a los bienes jurídicos individuales, como la integridad física o la integridad sexual. En el Caso 2, esto ya se ponderaría de otra manera, dado que los autores no son los mismos y recibirían un máximo de hasta nueve y diez años de pena de prisión (por evasión tributaria agravada y lavado de activos, respectivamente).

En el Caso 1, pareciera que el delito de lavado de activos viene a actuar como comodín, es decir, como una segunda oportunidad que cuenta el Estado para perseguir al evasor fiscal -

dado que el plazo de prescripción es mayor, poniendo en duda si realmente el derecho penal es la herramienta más eficaz para tal cometido, y si no hay otros medios menos nocivos para con los derechos de los individuos. Con acierto opina Mir Puig “el principio de intervención mínima del Derecho penal choca, por otra parte, con la tendencia que se advierte en la actualidad a una utilización del Derecho penal como instrumento meramente sancionador, de apoyo de normas no penales: ‘hoy en día el Derecho penal tiende a insinuarse por doquier, a convertirse cada vez con más frecuencia en simple sancionador de la violación de normas de otra naturaleza: civil, mercantil, administrativa. Esta tendencia se traduce en la proliferación del Derecho penal -algunos dicen que en su prostitución- escribe Bolle en un libro dedicado al “papel sancionador del derecho penal”[92]. Utilizar al Derecho penal para asegurar metas administrativas, en pos de la seguridad ciudadana - concepto abarcador de cualquier conducta humana, dado que siempre emprender algo contiene un riesgo, es ampliar el ámbito de lo punible más de lo que creemos conveniente. Por cuanto entendemos se deberían utilizar otras herramientas (Derecho administrativo-sancionador, civil, etc.) antes que recurrir a la herramienta más poderosa que cuenta con el Estado, si mediante estas otras herramientas se obtienen similares resultados.

Entendemos que la AFIP, como organismo especializado en la materia y que cuenta con una mayor inmediatez de información acerca del contribuyente, es el organismo más eficiente para recaudar y perseguir a los evasores. Creemos que judicializar el conflicto demora la solución del mismo, y la celeridad es una virtud en este ámbito especialmente. En definitiva, resolver el conflicto generado a raíz de la utilización del dinero proveniente de la cuota defraudada a través del ius puniendi penal, es excesivo y desmedido. Dado que el conflicto se genera cuando el contribuyente engaña al Fisco y deja de pagar la cuota fiscal debida, no creemos que un nuevo conflicto surja cuando el mismo contribuyente utilice ese dinero proveniente de la cuota defraudada, o que se incremente relevantemente de manera tal de justificar un nuevo castigo por esta segunda acción.

4.2. La proveniencia delictual del bien subyacente

Como dijéramos anteriormente, la cuestión respecto de si el delito fiscal puede ser subyacente del de lavado de activos no está despojada de controversias. Por varias razones, las cuales haremos referencia en el presente apartado, hay quienes entienden que el delito fiscal puede ser antecedente del de lavado de dinero[93], otros que niegan esta posibilidad[94], y finalmente no han faltado quienes admiten que la cuestión presenta múltiples matices relativizando la posibilidad de que haya una solución única[95].

Desde la promulgación de la Ley N° 25.246 se hicieron objeciones respecto de considerar que el delito fiscal podía ser subyacente al de lavado que, en lo esencial, tornaban en derredor de considerar que en la mayoría de las legislaciones comparadas los delitos tributarios eran meras infracciones administrativas y no verdaderos delitos (no obstante la reciente tendencia a aplicar los principios penales, atenuados, en los procesos administrativos[96]). Ya en ese entonces, D´Albora[97] y Sancinetti[98], se pronunciaron en el sentido de incluir a los delitos tipificados en la Ley 24.769, como precedentes del tipo de lavado, argumentando que el dinero no tributado es justamente producto del delito (...) el dinero retenido merced al acto defraudatorio es, en ese sentido, tan proveniente del delito, como lo sería si hubiera sido obtenido por el aprovechamiento indebido de subsidios, pues en ambos casos la razón por la que el sujeto tiene el dinero consigo es su delito previo.

Esta primera objeción se ve actualmente superada al ver que el tipo de lavado refiere a ilícitos penales, y no a delitos penales, dejando atrás, formalmente al menos, la interpretación que excluía a los delitos fiscales, por cuanto esta amplitud terminológica hoy lo permite desde un sentido primario, literal posible. Pero como se hiciera referencia anteriormente[99], en las últimas Recomendaciones que hiciera el GAFI, los delitos fiscales deben ser incluidos como una especie de lo que dicho organismo entiende como delitos graves.

Desde aquellas primeras reflexiones en relación a la Ley N° 25.246, el estado de la discusión actual se centra entre aquellos que niegan que los bienes procedentes del delito fiscal, de acuerdo a nuestro Caso 1 y 2, provengan de una actividad delictiva, y aquellos que admiten tal posibilidad.

Esbozaremos el argumento central de quienes sostienen que los bienes provenientes de la cuota defraudada no tienen su origen o procedencia en una actividad delictiva y, por tanto, no pueden ser típicos del tipo de lavado. Este planteamiento sirve tanto para el Caso 1 como para el Caso 2, dado que los bienes de la cuota defraudada tienen origen en un ilícito penal o bien no lo tienen, independientemente del autor del BdC. Puesto que si el objeto material de lavado tiene un origen lícito, da igual que después se utilice, aplique, convierta, etc. en el mercado de cualquier manera, porque no sería considerado más que una actividad regular en el tráfico mercantil-financiero.

En primer lugar, hay quienes sostienen que el delito de lavado de activos es una forma especial de autoencubrimiento ya que desde sus orígenes fue impulsado y puesto allí en la rúbrica de estos delitos de nuestro CP, explicando por qué en su momento no fue punible el autolavado (como tampoco es punible quien encubre el producto de su propio delito), y que esto no ha mutado por el hecho de haber creado posteriormente otro bien jurídico distinto al cual proteger. De alguna manera se refieren a un fraude de etiquetas, por lo que no importa cómo se lo llame al delito o qué bien jurídico formalmente protege (cuya referencia expresa es en la rúbrica del título del CP que corresponda), no deja de ser una especial manera de encubrimiento.

Veamos cómo surge esta explicación, en primer término señalar que la anterior tipificación del lavado se correspondía con una especie de encubrimiento. Podía decirse que el lavado de activos, como forma especial de encubrimiento, suponía una fase adicional al encubrimiento por receptación real. Ya no sólo se recibiría el bien de procedencia delictual, sino que el sujeto activo del injusto intentaba sobre él una conversión con el fin de eliminar el rastro de ilicitud originado por el delito subyacente del que resultó aquel bien. Se trataba de una especie de receptación real que, a su vez, transformaba el bien. Por esto, el legislador anterior no incluyó dentro de la hipótesis típica al autolavado, pues si bien suponía un plus respecto del encubrimiento, no dejaba de ser uno.

Desde que el delito de encubrimiento en nuestra legislación se distinguió de la participación, el sólo encubrimiento del hecho propio es impune. Esto tiene dos excepciones, cuando el autoencubrimiento afecte un bien jurídico distinto al del delito subyacente, o bien cuando afecte al mismo bien jurídico pero aumentando considerablemente su intensidad. Para esto no basta únicamente con cambiarle el nomen iuris al tipo, sino que se debe constatar una real afectación a un nuevo bien jurídico distinto al anterior o, siendo el mismo bien jurídico, que se haya incrementado su afectación de

manera penalmente relevante. Esto tiene que ver con que el disfrute del producto del delito o la procura de la propia impunidad, no puede ser punida de modo autónomo a la represión del delito base porque, por un lado, el aprovechamiento del producto del delito está contenido en el disvalor del tipo subyacente salvo que afecte a otro bien jurídico distinto y, por el otro, no se puede punir la conducta post-delictiva de quien intenta usar su botín, puesto que es habitual, previsible y es la finalidad última del autor al emprender y realizar su conducta delictiva (el derecho no puede exigir conductas probas, como ser el arrepentimiento o la aceptación de su propio delito).

En el Caso 1, no podemos exigirle a quien evadió el impuesto a las ganancias mediante el engaño desplegado al momento del pago, principalmente, y durante las etapas previas anteriores al cierre del ejercicio fiscal, que luego, al mantener su patrimonio intacto respecto del verdadero gravamen, espontáneamente se arrepienta, denuncie la irregularidad y regularice su situación pagando el tributo evadido. Porque esta conducta se desliga de lo habitual, se enarbola dentro de las conductas íntegras, honestas y ejemplares, es que el derecho no las puede exigir y, cuando suceden, las corresponde con la atipicidad de la conducta (ya sea especialmente, como el art. 16 de la ley 24.769, o bien en general para todas las figuras, mediante la figura del arrepentimiento).

A modo de ejemplo, podemos ver cómo lo anterior se ve reflejado en la política-criminal elegida por nuestros legisladores, al no punir la evasión del detenido que se fuga sin fuerza en las cosas o violencia contra las personas. Mediante este ejemplo podemos ver como nuestro legislador plasmó el criterio rector, basándose en los principios de dignidad humana y mínima trascendencia, de que el agotamiento del delito o la procura de impunidad no pueden ser relevantes para el derecho penal por fuera del contexto del delito base, en la medida en que no se consigan por medio de un verdadero delito adicional (en el caso, lesión a la integridad física de las personas del servicio penitenciario y/o un nuevo daño al establecimiento carcelario. Vale decir que no resulta para nada obvio que estas dos conductas sean nuevamente punibles, por cuanto es en cierta medida esperable que ocurran). Esta lógica de nuestro ordenamiento penal se ve claramente soslayada por la incriminación del autolavado.

El nuevo tipo penal prevé que el objeto sobre el que opera la acción del sujeto activo del BdC son los bienes provenientes de un ilícito penal. Pues bien, a la hora de restringir el objeto material sobre el que opera la acción típica de blanqueo resulta conveniente recordar que estos autores sostienen que no de cualquier delito provienen bienes susceptibles de ser lavados.

Si bien el objeto sobre el que recae el delito de lavado de dinero no siempre coincidirá estrictamente con el objeto material del delito precedente[100], no quedan dudas que la proveniencia incluye la relación directa entre el bien y el injusto previo, por ejemplo, entre el botín y el delito antecedente, puesto que es en estos casos que la consecución del bien guarda relación necesaria con el despliegue de la acción típica (las sumas por las que se estafó, el dinero recibido por cohecho, etc.). También parece razonable que, sin forzamiento analógico, se incluya en el concepto de proveniencia a determinados bienes recibidos en ocasión del delito antecedente aún cuando ellos no estén contemplados en el tipo o se desprendan implícitamente de este (el dinero entregado por el instigador para que el agente emprenda determinado delito doloso)[101].

Sintéticamente entonces, para que un bien provenga de un delito puede afirmarse que ese delito debe ser causa generadora del bien o de su subrogante. Entonces, quien evade deja de ingresar lo debido mediante un engaño al Fisco por el cual oculta el verdadero hecho imponible, es decir, mantiene su patrimonio incólume, engañando al Fisco y vulnerando, así, su capacidad recaudadora. Parece claro que mantener en el patrimonio una suma dineraria difiere de incorporar un activo, que es precisamente el objeto a ser lavado. Aún sosteniendo un concepto funcional (económico y jurídico) de patrimonio, donde la deuda fiscal grava al mismo, no se explica cómo es ilícito utilizar el dinero de la cuota defraudada antes del vencimiento del pago de la obligación tributaria. Es decir, hasta tanto no se haya vencido el pago del debitum fiscal, pesa un gravamen en el patrimonio que obligará, en otro momento, al pago de una suma de dinero. Pero el dinero utilizado hasta que opere este vencimiento no es ilícito, porque no es una cosa identificada que deberá entregarse, esa cosa específica y no otra, al vencimiento. Las deudas dinerarias, enseña Bacigalupo, sólo generan una obligación de dar dinero, pero no identificándose aquel por su carácter fungible.

Ahora bien, los Casos 1 y 2, se refieren en lo sustancial a dinero de origen lícito proveniente de la producción de uvas, sobre el que se evade el impuesto correspondiente a ganancias. En estos casos la incorporación de los bienes al patrimonio del autor fue previa a la evasión. Su posterior evasión de pago al fisco, que se materializa al momento del vencimiento de pago del tributo correspondiente, sólo derivará en que su patrimonio se mantendrá intacto, sin la correspondiente disminución por el pago del impuesto, y que el Fisco no atenderá este problema por habersele socavado su capacidad recaudatoria mediante el engaño desplegado por el obligado. Es decir, el delito no es causa eficiente de la incorporación del activo al patrimonio, que encuentra su razón de ser en una actividad lícita a la que se le ha aplicado un engaño en aras de evitar el ingreso del tributo.

Esta corriente doctrinal, en síntesis, entiende que es conceptualmente imposible blanquear la no deuda generada en virtud de un fraude fiscal, puesto que de la evasión nada proviene, sino que se mantiene, y que los activos tienen una causa jurídica distinta que es el acontecimiento del hecho imponible. Normalmente media un lapso temporal entre la incorporación al patrimonio del sujeto del activo y la actividad de evasión que es posterior a ese acrecimiento. En otras palabras, el sujeto incorpora los activos a su patrimonio que tienen su origen en una actividad lícita (generadora del hecho imponible) o ilícita, y luego se produce la evasión cuando ocurre el vencimiento del pago del tributo correspondiente, en el caso de ser una actividad lícita (no entraremos en disquisiciones respecto si corresponde tributar a los bienes surgidos de un actividad delictiva). Algunos autores pretenden traer a colación la existencia de deudas penalmente relevantes, como un supuesto en el que el deudor acrecienta su activo, al disminuir delictualmente su pasivo[102], echando por tierra esta argumentación. Los autores que niegan la posibilidad que el delito fiscal sea subyacente, sortean este problema anclándose en el principio de legalidad, sosteniendo que es una interpretación in malam partem, dado que no se puede asimilar la proveniencia de un bien con la falta de pérdida (o detracción del patrimonio)[103], puesto que son cosas distintas, deben tratarse distintamente.

Pero, aún los defensores de la postura antes explicitada, concuerdan en que la apropiación indebida de tributos y de recursos de la seguridad social, y solamente estos supuestos típicos de la Ley N° 24.769, pueden ser delitos subyacentes al lavado. Esto armoniza con el principio de máxima determinación de la norma penal, exigida por la legalidad, acotando el supuesto de hecho únicamente a estos casos[104]. En esta hipótesis el delito fiscal es causa

eficiente de un incremento en el patrimonio del sujeto activo y, por ende es posible el delito de lavado en cuanto el activo -como objeto material- proviene de un delito subyacente.

Existe un dato adicional que refuerza la tesis de no considerar al delito fiscal, en el sentido del Caso 1 y 2, como precedente. Dentro de las recomendaciones del GAFI se encuentra la implementación en las legislaciones locales del decomiso de los bienes objeto del delito de lavado. La legislación local recepta esto en el art. 305, segundo párrafo del CP, que permite el decomiso de los objetos a los que refieren las figuras de lavado de dinero sin necesidad de condena. No nos introduciremos en la legitimidad de la norma referida, pero sí subrayar los problemas que podrían plantearse, en tanto dispone el decomiso no como medida cautelar para asegurar los costes del proceso, sino como un verdadero anticipo de pena sin necesidad de condena previa. Una manifestación palmaria de derecho penal del enemigo, en la cual, pareciera ser, en aras de combatir el lavado de activos (o en realidad, como instrumento para reforzar el combate de la criminalidad organizada - paradigma del delito subyacente) se socavan las garantías básicas del proceso penal liberal, volviendo al sistema inquisitivo más primitivo.

Recapitulando entonces, el delito precedente debe generar un bien susceptible de ser lavado que debería ser decomisado llegado el caso, y el sorteo por ardid de una deuda fiscal no puede derivar en comiso[105]. Recordemos que la jurisprudencia ha señalado con razón la individualización necesaria del bien a decomisar. En este sentido no puede decomisarse una cantidad de dinero que no esté vinculada -de modo físico y sin fungibilidad- con el delito[106]. Puesto que la deuda fiscal grava al patrimonio del obligado, sin individualizar el bien específicamente, es que se dificulta la individualización del mismo, no conociendo si el dinero hipotéticamente decomisado resulta el correspondiente al dinero no pagado al Fisco o al hecho imponible. De ello se desprende que la deuda evitada por engaño no permite vincular una cantidad de dinero a la evasión, a efectos del decomiso, salvo que se acepte la tesis de la contaminación patrimonial. En el supuesto de análisis, con la salvedad anotada para los delitos de apropiación de tributos, parece una extensión analógica prohibida el atribuir la proveniencia misma del activo objeto de lavado a los delitos fiscales reseñados.

En la otra vereda están quienes sostienen que el delito fiscal sí puede ser subyacente del de lavado, afirmando que nuestro código penal, de acuerdo con los instrumentos internacionales en la materia, considera objeto material del delito de blanqueo los bienes que provengan de un ilícito penal. El término provenir utilizado por nuestro código de rito es un término que refiere a una cosa que tiene su origen o procedencia en otra cosa. La procedencia implica que los bienes han de tener su origen en una actividad delictiva. Este significado semántico del término no aclara lo suficiente la cuestión de determinar cuándo un bien tiene su origen en un ilícito penal. Para ello, es necesario tomar un criterio que permita precisar si la cuota tributaria tiene su origen en una actividad delictiva. Siguiendo con esta argumentación, sostienen que la conexión entre el bien y el ilícito penal debe ser de tipo causal. Utilizando entonces la teoría causal de la equivalencia de las condiciones y recurriendo a la fórmula de la *conditio sine qua non*, afirman que un bien tiene su procedencia en un ilícito penal cuando, de suprimir ese ilícito penal que es el hecho previo, el bien ya no tiene la misma configuración que antes. Esto es, suprimimos la actividad previa, el ilícito penal, y el activo o bien desaparece o cambia naturalmente su disposición. Existe, por tanto, conexión causal cuando suprimiendo el delito fiscal el bien desaparece del patrimonio del autor, afirmando así, que el bien proviene de aquel ilícito penal.

Así lo indica Blanco Cordero al referir que “es evidente que aplicando las teorías causales válidas en la ciencia jurídico-penal (sin recurrir a causalidades hipotéticas), el delito fiscal supone un incremento del patrimonio del defraudador, como hemos indicado ya, con bienes que de otro modo no estarían en el mismo”[107]. Asimismo, refieren que el propio tipo del delito fiscal del art. 1 de la ley 24.769, establece un monto por debajo del cual la conducta evasora no tiene relevancia penal, y esta expresa referencia a los pesos AR\$400,000 son los que incrementan el patrimonio del autor de la evasión. Este monto que no ingreso en las arcas públicas y que esta en el patrimonio del autor, no estaría allí si suprimiéramos mentalmente el delito fiscal. No le dan relevancia al hecho de que el importe por la alícuota evadida ya estuviera en el patrimonio del deudor, debido a que el criterio seleccionado es utilizado con posterioridad a la consumación del delito fiscal, después del vencimiento del pago. Trazan un paralelismo con el supuesto del delito de insolvencia fraudulenta (art. 179 CP), debido a que no encuentran problemas en sostener que los bienes que se hallan en el patrimonio del deudor luego puedan ser objeto material de lavado.

Veámoslo con un ejemplo propuesto por Laporta, quien sostiene que la evasión tributaria supone un incremento patrimonial mediante la evasión del pago de la deuda fiscal por el obligado: “si un obligado simula (supongamos, con facturas falsas) un gasto por \$1.000.000, el impuesto (simplificando a ganancias) que debió haber pagado por eso son \$350.000. Pongamos que en el ejercicio el ingreso es de \$3.000.000 y el gasto de \$2.000.000 (en donde contabiliza el gasto falso de arriba), de modo que su utilidad es de \$1.000.000. Razón por la que paga, en definitiva \$350.000 de impuesto. En el mundo de lo real, este obligado tiene \$2.000.000 (los \$3.000.000 menos el verdadero gasto: \$1.000.000), de lo que detrae los \$350.000 para pagar el impuesto. Le quedan, en este mundo, \$1.650.000. En el mundo de su comunicación con AFIP, tiene \$1.000.000 (la utilidad que declara), de lo que detrae los \$350.000 para el impuesto. Le quedan, entonces, \$650.000. Resumiendo, por su operación ardidosa le quedan en el bolsillo \$1.000.000 en negro (lo que simuló haber gastado, pero que en realidad lo tiene) y los \$350.000 de obligación que evadió mediante un ardid (facturas falsas). Es decir, patrimonialmente, existe un ‘bien’ (usualmente, representado en dinero) que proviene de esa evasión: el incremento de su patrimonio resultante de la obturación del hecho imponible”[108].

Así, en el delito de evasión fiscal sucede que el obligado realiza el hecho imponible de lo cual debería derivarse el deber de ingresar un determinado impuesto, pero con ardid (plasmado en la infracción deberes parcial, consecutiva y sistemática de los deberes tributarios extrapenales), evade el pago. De aquí que entienden estos autores, que se produce un incremento patrimonial por el no pago de la deuda tributaria correspondiente.

El problema principal que encuentran a esta postura aquellos que parten de un concepto monetario del patrimonio, es que a pesar de ser formal y dogmáticamente posible, sostienen que hay un incremento en base a un hecho que en la vida real no ocurrió. Es decir, el patrimonio del obligado se incrementó realmente al ingresar el dinero correspondiente a la actividad comercial. Esto, a su vez, generó un deber de pagar que se traduce en un gravamen en su patrimonio. Nada salió de su patrimonio aún, sino que se acrecentó tangiblemente desde la concreción del hecho imponible y que se gravó parcialmente. Ahora bien, al momento de la evasión del pago del tributo, no entra nada nuevo materialmente al patrimonio del obligado evasor, sino que se mantiene intacto y sí se puede decir que algo se extingue o que ya no pesa sobre él, el gravamen. El que supone un incremento patrimonial de esta actividad material, debe suponer que se extrae hipotéticamente la alícuota del tributo debido del patrimonio del obligado, dejando esa

parte del patrimonio en un limbo, hasta el vencimiento del pago que, si evadido, vuelve a materialmente al patrimonio del obligado incrementando así el mismo. Y es que esta construcción hipotética resulta imposible, puesto que el obligado puede utilizar la totalidad de los activos en su patrimonio hasta el vencimiento de la deuda tributaria, sin que esto suponga siquiera una infracción a la normativa tributaria (no penal).

Esto, a su vez, es rebatido por los partidarios de incluir al delito fiscal como subyacente al BdC mediante una argumentación que se basa en un concepto funcional del patrimonio[109]. Al entender al patrimonio como todo el conjunto de bienes y posiciones económicamente valorables, el gravamen que pesa sobre el patrimonio importa un detrimento sobre este. Así como un crédito fiscal importa un crecimiento patrimonial, aunque monetariamente no se haya materializado este último, de igual manera, la evasión de un gravamen importa un incremento del patrimonio en tanto el evasor ha mejorado su composición patrimonial (la relación entre activos y pasivos).

En definitiva, creemos que partiendo de un concepto funcional de patrimonio, actualmente con aceptación mayoritaria, la evasión del tributo trae aparejado un incremento patrimonial y, consecuentemente, puede ser la causa generadora del objeto material del blanqueo. Entendemos que la problemática es de carácter temporal, es decir, del momento en que se generan e incorporan los bienes que posteriormente sean blanqueados. El patrimonio es un concepto que abarca un todo, a los objetos materiales, tangibles y a las posiciones económicas. La dinámica es una característica propia del mismo, en tanto la composición patrimonial es integrada por los activos y pasivos que, naturalmente, mutan. Solamente que este cambio puede no determinarse en el mismo momento. Y en estos supuestos es donde surge el problema. Volvamos al Caso 1 para un mejor entendimiento: el autor vende las uvas a un broker, lo cual le supone un ingreso de dinero a su patrimonio, y esto modifica su composición de activos, en tanto en vez de tener uvas posee ahora dinero. Aunque es cierto que normalmente el ingreso que obtiene por la venta de las uvas no se materializa instantáneamente, puesto que suele haber un pago al momento de la venta y otros que puede diferirse en 30, 60 o 90 días, por ejemplo. De todas maneras, en el Caso 1 el autor vende las uvas y le ingresa, en contraprestación, dinero por esto. A su vez, la venta de las uvas (hecho imponible) es gravada por un impuesto (impuesto a las ganancias, en este caso). El patrimonio del autor, una vez producida la venta de uvas, cambió, y ahora se integra de dinero y de un gravamen. Y aquí es donde hay una diferencia temporal, dado que el impuesto a las ganancias es exigible recién al vencimiento del pago. En cambio, el dinero producto del hecho imponible ya integra el patrimonio del autor desde que ingreso al mismo (sea de manera inmediata a la venta, o bien al cobro del pago diferido). El impuesto a las ganancias surge con el hecho imponible, mas se hace exigible recién a su vencimiento, pero lo que el autor termina pagando por ese impuesto siempre va a ser igual (aunque la forma cambia, dado que son deducibles varios importes en concepto de ganancias).

Analizando este ejemplo desde el prisma adoptado (funcional), tanto el crédito que tenga el vendedor del campo (porque le pagaron una parte a 30 días) como el impuesto a las ganancias, componen parte del mismo. La materialización de los mismos no los define, en tanto constituye una etapa necesaria pero no suficiente. Así, quien evade un impuesto genera, con esto, un incremento en su patrimonio, dado que la deuda se hizo recién a su vencimiento exigible, pero era pre-existente y coetánea al acontecimiento del hecho imponible.

4.3. Cuestiones de prescripción del delito principal

La anterior redacción del tipo de lavado de activos utilizó el sustantivo “delito”, para hacer referencia a la actividad previa generadora de los bienes que luego serían lavados, lo que implicaba acordar su significado como elemento del tipo. Había cierto consenso en que no se requería el dictado de una sentencia condenatoria sino que importaba al concepto de delito en sentido abstracto, esto es, al concepto de injusto: acción típica y antijurídica. Si bien esta era una interpretación posible, no dejaba a salvo el riesgo de que ocurra una situación incongruente político-criminalmente, que sería “por la posibilidad de extinción de la acción con relación al autor del delito determinante - en los casos de evasiones simples, previstos en los arts. 1° y 7° de la ley 24.769, en los que el autor optase por el pago en los términos del art. 16 de la misma norma (hoy ya derogada) - y la condena por blanqueo o intento de aquél, por parte de quien dispusiera del producto del delito precedente, ya que la extinción de la acción punitiva con relación al autor del delito precedente no impide que el hecho anterior sea considerado como elemento de otro delito”[110].

Ahora bien, a partir de la nueva redacción del tipo de lavado, que refiere a los bienes provenientes de un “ilícito penal”, queda plasmado lo que anteriormente era el criterio interpretativo rector, pero sin ningún basamento en la norma. Basta con una acción típica y antijurídica (injusto) del cual provengan los bienes objeto del lavado, dejando de lado las contingencias de naturaleza procesal, como la prescripción, para afirmar que aunque el delito fiscal haya prescrito, la transferencia o puesta en circulación en el mercado del dinero defraudado se habrá mantenido en el tiempo, por lo que se podrá perseguir en todo momento al defraudador por el BdC. En esta línea, la prescripción del delito fiscal (cuyo plazo no coincide con el previsto por el BdC, que es mayor en todos los casos) no descontamina los bienes, que siguen siendo idóneos para el BdC por proceder de una actividad delictiva.

En el supuesto de los Casos 1 y 2, que responden al delito subyacente de evasión tributaria agravada por el uso de facturas apócrifas, el máximo de la pena prevista es de 9 años de prisión. Por su parte, el delito de BdC prevé una pena máxima de hasta 10 años de prisión. En estos casos, la prescripción del delito antecedente extiende la posibilidad que tiene el Estado para perseguir el delito hasta casi 10 años. Es decir, desde el momento en que el autor utilice, convierta, grave, etc. el dinero correspondiente a la cuota evadida, comenzaría el plazo de prescripción de la acción por el lavado. Y esto puede ocurrir, supongamos en el peor de los casos, hasta 8 años y 364 días posteriores al vencimiento del pago del tributo correspondiente, a partir del momento en el cual comienza a correr el plazo de prescripción por el BdC, extendiéndose en 10 años el plazo de prescripción. Parece totalmente desmedida esta extensión en el plazo por el cual el Estado puede perseguir al evasor fiscal, lo cual, aparte de dificultar la prueba del delito, habría que ver si no va en contra del debido proceso legal (art. 18 CN) en tanto el imputado tiene un derecho a que su cuestión se dirima en un plazo razonable. Todo esto, habida cuenta del supuesto que se persiga al autor de la evasión que luego utilizó el dinero de la cuota defraudada por dos conductas distintas, sin considerar que hay en realidad un sólo hecho, se estaría teniendo en el “banquillo” de los acusados a un individuo por el término de, al menos, 19 años (decimos bien al menos, puesto que esto se podría alargar con las secuelas de juicio que interrumpen los plazos).

Vale recordar, una vez más, lo grave de utilizar el marco jurídico, que se corresponde a la lucha contra los delitos asociados al crimen organizado, para perseguir evasores dándole, de

esta manera, una vida más al Estado mediante la extensión del plazo de prescripción de la acción penal.

5. La situación en la legislación comparada [\[arriba\]](#)

El derecho comparado nos ofrece una mirada acerca de la situación jurídica en otros países y cómo han resuelto el problema de tratamiento del delito fiscal como subyacente. No abordaré en profundidad la configuración del delito fiscal ni el de lavado de activos del sistema jurídico del país abordado, sino que solamente trataré la relación de aquél con este último. Los países seleccionados para realizar esta tarea, Alemania y España, fueron elegidos por la segura influencia que tienen sus sistemas penales en el argentino.

5.1. Alemania

En Alemania se castiga el lavado de activos procedentes de un delito fiscal, de conformidad a lo establecido en el apartado 3 del N° 1 del § 261 StGB en el cual se hace expresa referencia a la sanción del lavado de activos procedentes de delitos fiscales - disponiendo que constituyen delito previo del lavado de activos las infracciones previstas en los §§ 373 - y excluye expresamente al autor del delito previo del círculo de posibles sujetos activos del delito de lavado de activos[111].

La norma de lavado concretiza especialmente esto, al referirse de manera expresa que la cuota defraudada al fisco es pasible de ser delito subyacente al lavado de activos. El fundamento de esta disposición reside, de acuerdo con el legislador alemán, en la apreciación de que las ganancias de las actividades criminales organizadas normalmente no tributan[112]. Pero es de destacar que el legislador busca abrazar los bienes que tienen una vinculación clara con el delito subyacente, que no es la evasión tributaria sino la actividad criminal. En el tipo de lavado alemán se acepta expresamente como delito subyacente a la evasión agravada, pero teniendo en miras combatir a la delincuencia organizada mediante el ataque a su economía, que también se da a través de la evasión (lógica) de la alícuota del hecho imponible criminal. En otras palabras, en la búsqueda por combatir a la delincuencia organizada se busca socavar su economía a través de la punición de la evasión del hecho delictivo que debió haber tributado y no lo hizo, por obvias razones al estar al margen de la economía formal.

Realiza una crítica Herzog a esta fundamentación de la norma de lavado de activos, puesto que considera que incluye únicamente en el supuesto de hecho a la lucha contra la evasión de impuestos por los miembros de las organizaciones criminales, y no a la evasión fiscal que no tenga ninguna conexión con el crimen organizado[113]. Para el citado autor es correcta la inclusión del delito fiscal como subyacente al de BdC, contrariamente a lo que se afirma en el presente, y ve como desacertada la limitación del Código Penal alemán descripta en el párrafo supra.

En suma, el sistema legal penal alemán admite que el delito fiscal pueda ser delito subyacente del de lavado de activos, pero no cualquier infracción penal tributaria, sino únicamente aquellas que suponen como autor a un miembro de la delincuencia organizada, y excluye expresamente que el autor por el delito fiscal pueda serlo también del de lavado. Delimitando el ámbito de lo punible únicamente a aquellos casos que se vinculan con la

delincuencia organizada, conforme al criterio de los organismos internacionales a la hora de recomendar la tipificación penal del lavado de activos.

5.2. España

En este apartado nos avocaremos más extensamente a la situación en España puesto que presenta una problemática similar a la Argentina. La doctrina y jurisprudencia española no son unívocas a la hora de decidir si el delito fiscal puede ser delito subyacente al de lavado, ni siquiera luego de la última reforma del CPE mediante la Ley Orgánica 5/2010 y, por su lado, de la Ley 10/2010 de Prevención de Blanqueo de Capitales y Financiación del Terrorismo, que intentan infructuosamente despejar las dudas sobre esta materia.

A los efectos de limitar y precisar el objetivo de este acápite, debemos aclarar que nos referiremos al supuesto de hecho en el cual el contribuyente elude el pago de tributos directos, en los cuales el sistema jurídico establece un tributo en virtud de que se ha incrementado el patrimonio del contribuyente o este ha generado rentas. No tendremos en cuenta, entonces, los supuestos de hecho como ser el fraude carrusel[114], en los cuales a través de un armado societario intra-comunitario se reclaman devoluciones en concepto de IVA, o por caso, la concesión de subvenciones fraudulentas en las cuales el Estado es de alguna manera engañado, no en los términos de la víctima de una estafa por ser el sujeto pasivo radicalmente distinto, porque en ambos casos el origen de los fondos blanqueados es una actividad delictiva. Por cuanto el autor del fraude carrusel, por ejemplo, incorpora algo a su patrimonio que no tenía antes, la devolución del IVA por parte de otra empresa, y aquí no caben dudas respecto de que el autor incrementa su patrimonio con bienes externos que no estaban en su patrimonio ya. En otras palabras, “tanto el que retiene cantidades a cuenta de un impuesto que luego no ingresa como el que obtiene devoluciones indebidas o el que obtiene una subvención fraudulentamente, consiguen una ganancia perfectamente cuantificable, identificable y susceptible de ser convenientemente reciclada con alguno de los actos previstos en el art. 301”[115]. Se mantiene, por lo tanto, la hipótesis planteada mediante el Caso 1.

El art. 1.2 de la Ley 10/2010, que regula los aspectos preventivos tanto del BdC como de la financiación del terrorismo, establece que “a los efectos de la presente ley” se consideran “bienes procedentes de una actividad delictiva todo tipo de activos cuya adquisición o posesión tengan su origen en un delito (...) con inclusión de la cuota defraudada en el caso de los delitos contra la Hacienda Pública”. A su vez, la LO 5/2010 modificó el enunciado típico del art. 301 del CPE que ahora reza “el que adquiera, posea, utilice, convierta, o transmita bienes, sabiendo que éstos tienen su origen en una actividad delictiva, cometida por él o por cualquiera terceras personas, o realice cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito, o para ayudar a la persona que haya participado en la infracción o infracciones a eludir las consecuencias legales de sus actos, será castigado con la pena de prisión de seis meses a seis años y multa del tanto al triplo del valor de los bienes”, castigando así al autoblanqueo y la mera tenencia de los bienes provenientes de una actividad delictiva, por lo que el evasor de la cuota tributaria podría ser ahora punible bajo esta nueva redacción.

Los argumentos a favor de considerar que la cuota defraudada pueda ser objeto material del delito de BdC se encuentran reforzados y giran en derredor del siguiente argumento “la cuota defraudada constituye un bien en el sentido del art. 301 CP, que constituye

simultáneamente un perjuicio para la Hacienda Pública y un beneficio para el defraudador. Y además, supone el beneficio o provecho económico derivado del delito susceptible de ser considerado bien idóneo del delito de BdC”[116]. En otras palabras, los que se enarbolan en esta tesitura sostienen que el contribuyente que deja de ingresar el dinero correspondiente a la cuota defraudada en la Administración Fiscal, obtiene un beneficio que por ser fruto del incumplimiento de un deber, es ilícito. En igual sentido se expresa el Consejo Fiscal y el Consejo General del Poder Judicial[117], considerando que la nueva redacción del art. 1.2. viene a excluir las interpretaciones que no consideraban a los bienes provenientes del delito fiscal como objeto material del de blanqueo. Todo esto se encuentra alineado con las nuevas recomendaciones realizadas por el GAFI en febrero de 2012, en la cual se incluye expresamente a la cuota evadida dentro de la lista de los bienes subyacentes al delito de lavado.

La Convención de Viena en su art. 1 p) entiende por “producto” los bienes obtenidos o derivados directa o indirectamente de la comisión de un delito tipificado de conformidad con el párrafo 1 del art. 3. El Convenio de Nueva York, del 15 de noviembre de 2000, define en su art. 2 e) el “producto del delito” como los bienes de cualquier índole derivados u obtenidos directa o indirectamente de la comisión de un delito. Tanto en Viena como en Nueva York se admite que tales bienes hayan sido obtenidos tanto directa como indirectamente del delito y, en todo caso, el concepto de bienes es sumamente amplio, incluyendo activos de cualquier tipo, corporales o incorporales, muebles o raíces, tangibles o intangibles. Por lo que no habría problema, de acuerdo a los instrumentos internacionales mencionados, en incluir a la cuota defraudada al Fisco como objeto material del delito de BdC.

Por otro lado, se encuentran los autores que no creen convincente el anterior argumento expuesto, sostenido en base al art. 1.2 ley 10/2010, puesto que entienden que lo allí postulado tiene solamente efectos en el marco de aquella ley, debiendo realizar una interpretación autónoma del tipo 301 CPE que sea conforme a los principios penales[118]. Estos autores ven que la intención del legislador fue clara cuando expresa a los “efectos de esta ley”, refiriéndose a los casos de la ley penal administrativa únicamente y no extensible al CPE. Refieren que si se extendiera esta interpretación al CPE, sería una interpretación por analogía en malam partem, en clara contradicción con el principio de legalidad.

Por otro lado, un delito que responde a la configuración de los delitos de omisión, de acuerdo a la jurisprudencia, como lo es la defraudación fiscal, presenta serios problemas a la hora de fundamentar la relación causal entre la acción omitida (el deber de pagar la obligación tributaria respectiva) y los bienes incorporados anteriormente por un hecho positivo (hecho imponible) que no es delito. La omisión de cumplir con el deber fiscal no genera bienes, en el sentido del art. 301.1 (tener origen) y 301.2 (proceder) del CPE, porque estos se concibieron en una actividad comercial o productiva lícita anterior a la evasión tributaria, por lo que la evasión no incrementa el patrimonio del contribuyente, dado que ya lo tenía configurado de esta manera, sino que grava al patrimonio con una deuda fiscal. No es fácil sostener que hay un incremento patrimonial allí donde el contribuyente deja de pagar la cuota debida al Fisco, puesto que el patrimonio ya se encontraba así configurado, gravado con una deuda tributaria que, una vez vencido el plazo para el pago del tributo, nada sale ni nada ingresa al mismo, sino que se mantiene incólume, esta vez, desgravado.

Cabe recordar que esta cuestión no es meramente doctrinal, sino que tiene grandes implicancias en la práctica. Es decir, no solamente importa al autor de la defraudación fiscal y posterior blanqueo de la cuota defraudada, de aceptar que esta puede ser objeto material del BdC, que enfrentará un juicio con penas muy severas alterando el sistema de penas del CPE, sino que también es de importancia para los terceros operadores del sistema financiero/económico. Veamos el delito de BdC por imprudencia (art. 301.1 CPE) y la importancia que tiene en los asesores bursátiles, contadores, etc. dirimir si su vínculo con los fondos cuyo titular no tributó puede ser una conducta típica o, por el contrario, si es penalmente irrelevante. Este problema no se encuentra en el sistema jurídico argentino puesto que el lavado de activos en su modalidad imprudente es atípica, aunque aparecía en el Proyecto de Ley N° 25.246 que fuera enviado a diputados.

Gráficamente se puede demostrar el problema más importante que enfrentan aquellos autores que consideran que el delito fiscal puede ser antecedente del de lavado de activos, a través de lo que Luzón Campos ha denominado la “Paradoja de McFly”[119]. El nombre de esta paradoja refiere al protagonista de la trilogía Volver al futuro, un adolescente que es enviado accidentalmente de vuelta en el tiempo de 1985, su época, a 1955. Tras alterar los sucesos ocurridos en 1955, específicamente aquellos en los que sus padres se conocieron y enamoraron, McFly debe intentar reunir a sus padres de nuevo para asegurar su propia existencia. Es así, que se da el siguiente escenario: el protagonista vuelve al pasado y pone en jaque su propia existencia, al alterar los hechos por los cuales sus padres se conocieron, y por esto es que por momentos parece ir desvaneciéndose a lo largo de la trama. Por el otro lado, es el mismo protagonista que ante la amenaza inminente de desaparecer, encausa nuevamente el encuentro de sus padres. Entonces, en un primer momento se da la paradoja que el protagonista pone en juego su propia existencia, y una segunda paradoja al ser el mismo protagonista quien da origen a su existencia.

Esto se puede transpolar al caso que nos ocupa aquí, en concreto, pensemos en el caso en que un contribuyente, el Sr. X, realiza la venta de su campo de producción de olivos en enero del 2012, por el cual obtiene el pago de 1,000,000 de euros. De esta manera, el Sr. X movido por la expansión económica y por la confianza propia de haber realizado un buen negocio, decide utilizar el dinero de la venta de su negocio de olivos y reinvertirlo en unas quintas productores de olivos ubicados en una zona más riesgosa que la de su anterior campo. Asimismo, decide comprar un automóvil y un departamento en la ciudad de Marbella a fin de reflejar su imagen exitosa. En todo momento a lo largo de la reinversión y compra del automóvil y el departamento, el Sr. X tiene la voluntad de pagar a su vencimiento los impuestos correspondientes a la venta del campo. Y es que aún no se han vencido los plazos para el pago de los mismos, recordemos que la venta del campo se hizo en enero de 2012 y podemos discutir si el vencimiento de los impuestos son durante ese mismo año (en caso de ser una persona de existencia ideal, al cierre del año fiscal según los Estatutos de la misma) o en enero de 2013 (en caso de ser una persona física, al finalizar el año 2012), cuestión que en el ejemplo no es trascendente, puesto que lo relevante aquí es que el Sr. X al realizar los gastos y la reinversión del producto de la venta del campo, tenía la intención de pagar los impuestos correspondientes que aún no se habían vencido.

Así, fruto de unos desajustes en la economía del país de origen del Sr. X, el mismo debe pagar intereses extraordinariamente altos por un crédito anterior a la venta de su campo y, también, sufre el infortunio de que le roben el automóvil en la esquina de su vivienda - el seguro correspondiente tarda varios meses en cubrirle este robo, una vez realizadas las averiguaciones de rigor. Luego de este lamentable desencadenamiento de infortunios, el Sr.

X decide evadir los impuestos correspondientes a la venta del campo, una vez producido su vencimiento.

De esta manera, Luzón Campos demuestra con claridad su punto “por fin llegamos al quid de la cuestión, nos encontramos con que se lanza una ola de paradoja temporal que cambia el pasado: resulta que al Sr. X se le acusa de haber cometido un delito de blanqueo porque transmitió o transformó bienes que procedían de un delito de defraudación fiscal —porque, según la teoría de quienes defienden que el delito fiscal puede ser precedente al BdC, el dinero tiene origen en la defraudación fiscal, no en su legítima y honrada actividad mercantil—. Pero es que se da la paradoja de que cuando realizó la disposición sobre los fondos no existía ningún delito de defraudación fiscal. ¿Cómo es posible, por tanto, que la posterior realización de un delito fiscal retroactivamente convierta los fondos en procedentes de un delito, y motive la aparición retroactiva de delitos de BdC que se habrían consumado en un momento temporal anterior a que existiese el delito que supuestamente daría origen a los fondos que han sido lavados?”[120].

En puridad, no es posible que el delito fiscal sea el origen de los fondos luego blanqueados (reversión, compra de automóvil y departamento) sin caer en una contradicción, puesto que al momento de utilizar los activos para estas actividades, aún no se había consumado el delito fiscal. Hay un lapsus temporal entre el hecho imponible generador de la obligación tributaria - la venta del campo - y el vencimiento de la obligación tributaria correspondiente. Durante este lapsus temporal, aún no hay un delito fiscal, por lo que difícilmente se pueda sostener que este es el origen de los fondos y no la actividad comercial lícita de venta del campo.

A través de la paradoja de McFly se puede ver como uno mismo no puede generar su propio nacimiento sin caer en una contradicción y, de igual manera, o el delito fiscal altera retroactivamente el origen de los fondos (convirtiendo en ilícitos los que fueron durante un tiempo lícitos, y en particular, al momento de utilizarlos) o estos nunca existieron hasta su consumación (no explicando cómo el empresario adquirió los bienes muebles e inmuebles y realizó la inversión). Para los autores que sostienen esta tesis, resulta claro que el origen de los bienes es una actividad lícita y que la posterior evasión de la obligación tributaria lo que hace es gravar el patrimonio del obligado, de manera tal de que este se vea disminuido, pero que no genera nada nuevo.

Finalmente, mencionaré un último grupo de casos en el cual se propone que aunque sea formalmente plausible considerar a la cuota defraudada como precedente del delito fiscal, esta cuestión debe ser tratada desde el punto de vista de las reglas del concurso[121]. Esta última postura es la que mayor similitud tiene con la propuesta realizada en el presente trabajo. En realidad, previamente a considerar si se aplican las reglas del concurso, ideal o real arts. 73 a 77 CPE, se debe verificar si los tipos penales no son excluidos por aplicación de los principios del art. 8 CPE, que regula el concurso de normas o concurso aparente de leyes. El art. 8° CPE regula los criterios de exclusión de las leyes, aunque no regulados expresamente en la norma, de acuerdo a los conocidos y aceptados tanto doctrinal como jurisprudencialmente: la especialidad, la subsidiaridad y la consunción. Así, Bacigalupo trata la problemática de la concurrencia del delito fiscal y el del blanqueo como concurso de leyes, como un supuesto de consunción en particular, siendo casos en donde el “contenido delictivo del hecho resulta ya comprendido totalmente en la aplicación de una o de algunas de ellas, de tal manera que las restantes tienen que retroceder”[122]. En concreto, un caso de consunción del blanqueo de dinero por el delito fiscal, en tanto el

aprovechamiento, utilización o uso del dinero obtenido como consecuencia de dejar de pagar la cuota defraudada, constituye desde un punto de vista material, una parte del delito cometido y que debe ser sancionada conjuntamente con este, en tanto se trata de hechos posteriores co-penados. Al tratar la problemática desde una óptica en la cual supone una unidad de ley, debido a que las normas del delito fiscal y lavado no concurren en un sentido propio, se evita la vulneración del principio *ne bis in idem*. Puesto que se trata, en referencia al delito de blanqueo, de un delito medio indispensable y necesario para realizar el delito fin. El autor que evade la alícuota tributaria debida, lo hace con la finalidad de utilizar ese dinero en, por ej., gastos corrientes, automóviles, refacciones de su casa, reinversión en su empresa, etc. Es decir, el contenido material del injusto ya está abarcado por el delito principal fiscal, puesto que es una conducta esperable la utilización posterior del dinero por el evasor. La utilización del dinero que deja de entrar en las arcas públicas por parte del evasor, es habitual y previsible, por tanto debe estar contenida en el injusto de la norma fiscal, y no hace más que terminar de realizar el daño (remotamente) introducido por el autor inicialmente.

La referencia al agotamiento del delito como argumento para considerar impune el Bdc, ha sido esgrimido por la Sentencia de la Audiencia Nacional 13/2000 de 25 de febrero de 2000 (ponente: García Nicolás), en la cual se afirma que “si tenemos en cuenta que los delitos contra la salud pública tienden - aunque no es un presupuesto esencial - a la obtención de ganancias mediante el ilícito tráfico, elemento tendencial que se presenta en todos los delitos contra la salud pública realizados por grupos organizados, el Tribunal entiende que la actividad generalmente llamada blanqueadora llevada a cabo por alguno de los miembros del grupo que se dedica a la distribución, en cuanto como en el presente supuesto de lo que se trata es de hacer llegar por vías con apariencia de legalidad los beneficios a las cabezas de la organización, se embebe y se comprende dentro del propio delito contra la salud pública de modo que estas actividades financieras vienen a constituir la última parte de los tan repetidos delitos contra la salud pública, a modo de agotamiento de la conducta de tráfico ilícito. Por ello las actividades financieras realizadas por el procesado Juan M.O. no pueden ser también calificadas como delito de Bdc procedentes del narcotráfico, máxime cuando lo contrario supondría infringir la prohibición del *non bis in idem*”.

La cuestión dista de tener una contundente aceptación en la doctrina y jurisprudencia española, dado que hay quienes consideran que concurren realmente el delito fiscal y el de blanqueo, por ser dos conductas que siendo ontológicamente distintas, afectan a bienes jurídicos diferentes. A modo de ejemplo la TS 163/2004 de 16 de marzo (ponente: Monterde Ferrer) tras analizar las distintas posturas jurisprudenciales al respecto, concluye que “en modo alguno se pueda entender, por la teoría de la consunción, que uno de los delitos por el que fue condenado el acusado fue absorbido por el otro, cuando son totalmente distintos, como distinto es el bien jurídico protegido en una y otra infracción, siendo perfectamente autónomos e independientes sin que entre ellos exista la relación que haga posible un supuesto de progresión o se dé el caso de que uno de los preceptos en los que el hecho es subsumible comprenda en su injusto el todo, de modo que el supuesto fáctico previsto por una de las normas constituya parte integrante del previsto por otra”[123]. Con todo, el acusado fue condenado por dos hechos distintos, una malversación de caudales públicos y una falsedad, puesto que se atacaban bienes jurídicos diferenciados: el patrimonio público entendido como el correcto funcionamiento de la actividad patrimonial del Estado y la confianza de los ciudadanos en su manejo diligente, por un lado, y la seguridad y confianza en el tráfico mercantil, por el otro. Si se admitiera la aplicación del principio de

consunción, entonces, no se produciría el íntegro reproche del hecho, y quedaría impune esta parte injusta del mismo.

En suma, aún no se ha resuelto definitivamente la cuestión en la legislación española, aunque la tendencia es a considerar que la cuota defraudada puede ser objeto material de blanqueo y que concurren realmente debido a que afectan a bienes jurídicos distintos. En el sentido contrario, participamos de la propuesta esbozada por Bacigalupo, por entender que es la que de mejor manera respeta los principios penales en juego, la cual será desarrollada a continuación para ver si es posible su aplicación en el derecho penal argentino.

6. Qué clase de concurso es aplicable [\[arriba\]](#)

Zanjada la cuestión de que el delito fiscal puede ser antecedente del BdC, no obstante todas las críticas sistematizadas anteriormente, ahora trataremos de ver si el hecho de evadir el pago del impuesto y de poseer, utilizar, transferir, gravar, etc. el dinero que debería haber ingresado como pago del tributo, puede ser punible no solamente como delito fiscal (art. 1 y/o art. 2 inc. d Ley N° 24.769), sino también como BdC (art. 303 CP).

El problema se debe resolver, por lo tanto, por las reglas del concurso. Es presupuesto necesario del concurso de delitos que exista una pluralidad de conductas. En el CP están regulados los auténticos concursos de delitos, que admiten dos hipótesis: el concurso real (recogido en el art. 55 y 56 del CP, en donde varias acciones independientes se subsumen varias veces bajo el mismo tipo penal o bajo dos o más tipos penales diferentes) y el concurso ideal (art. 54 del CP, donde hay una única conducta con pluralidad típica, es decir conducta única y tipicidad plural). El concurso ideal requiere siempre una única acción y, por su parte, el concurso real presupone pluralidad de acciones[124].

Por otro lado, nos encontramos con el aparente concurso de leyes o tipos penales que, a pesar de no tener regulación normativa - como ocurre en otros ordenamientos y como lo han propuesto diversos proyectos en nuestro país[125] -, se utiliza para resolver cuando surge un conflicto en torno a la exclusión de normas aparentemente concurrentes.

En definitiva, sólo podemos apreciar un genuino concurso de delitos (ideal o real, arts. 54, 55 y 56 del CP) y aplicar, consecuentemente en las formas determinadas por la ley, las penas para los delitos concurrentes, cuando los tipos penales no sean excluidos por haber un aparente concurso de leyes.

Respecto del aparente concurso de leyes, los puntos en torno a los cuales las opiniones divergen se relacionan con su denominación, ubicación metodológica y las reglas que lo rigen. El interés práctico de la cuestión radica en las consecuencias que traerá aparejada la posición que se adopte en el momento de considerar la pena correspondiente: el resultado será diferente si se enfoca el caso como concurso ideal o como aparente concurso de leyes o tipos penales. En el primer caso, deberá contemplarse la pena mayor en virtud del sistema de absorción jurídica seguido por nuestra legislación; en el segundo, aunque en definitiva el encuadre legal correcto conduzca a la misma consecuencia, eventualmente, puede corresponder una sanción menor, en la que no se computarán otras violaciones de la ley.

El aparente concurso de leyes o tipos penales, también llamado concurso impropio, contempla los casos en que sólo exteriormente pareciera que dos o más normas concurren, pero en realidad, una de ellas excluye a las restantes. En el concurso ideal en cambio, las leyes concurrentes no se excluyen. Explica Zaffaroni que “la unidad de ley contempla los supuestos en que si bien la acción es abarcada por dos o más tipos penales considerados aisladamente, cuando se los considera conjuntamente - en sus relaciones - se verifica que una de las leyes concurrentes interfiere la operatividad de las restantes, por lo que se excluye su aplicación al caso, aunque en definitiva lo haga porque incluye las lesiones de estas”[126]. En definitiva, en el aparente concurso de leyes se da que no hay una concurrencia de leyes propiamente, dado que una excluye a la otra. Por esto, participamos de denominar a este instituto como unidad de ley, por oposición a pluralidad de leyes que se da en el caso del concurso ideal, porque no hay materialmente (formalmente) concurrencia de varias disposiciones legales al darse un desplazamiento por una de ellas.

El aparente concurso de leyes se resuelve por medio de una serie de reglas que se aplican para interpretar el alcance de los tipos. Estas reglas tienen una larga trayectoria jurídico-penal, y son tres las que tienen aceptación doctrinaria: la especialidad (la ley especial excluye a la general), la subsidiaridad (la ley subsidiaria sólo es aplicable cuando no lo es otra que tiene primacía) y la consunción (una ley es absorbida por otra más amplia).

Nos avocaremos aquí, entonces, al principio que creemos aplicable al objeto de estudio del presente, más concretamente: un caso de consunción del BdC por el delito fiscal. Referir que la consunción (*lex consumens derogat legi consumtae*) “es la que se establece entre los tipos cuando uno encierra al otro, no porque lo abarque conceptualmente, sino porque consume el contenido material de su prohibición (...) otra hipótesis de consunción es en la etapa posterior a la consumación, que no tiene más objeto que agotar el contenido prohibitivo o desvalorante del delito, no da lugar a una nueva conducta, sino que es un supuesto más de unidad de acción”[127]. En la consunción el encerramiento es material puesto que un tipo consume el contenido material de la prohibición del otro. En otras palabras, la segunda tipicidad (BdC) se cumple como forma de agotamiento de la primera (evasión tributaria) aunque en el tipo subjetivo del primer delito no se exija la tipicidad del segundo. No puede dejar de tenerse en cuenta que esta segunda acción (la de BdC de la cuota defraudada por el mismo autor) conlleva una muy relevante posibilidad de ocurrencia, puesto que el agente que decide engañar al Fisco, ya en este primer momento, muy probablemente sea motivado por el hecho de poder disponer y/o utilizar ese dinero evadido para otros fines. La posterior utilización del dinero proveniente de la cuota defraudada viene a consumir el contenido del injusto del tipo de evasión, aunque su producción sea con posterioridad a su consumación. Reiteramos que esto no es óbice para la interpretación propuesta, dado que la consumación depende exclusivamente de la concurrencia de los elementos del tipo y su consumación puede ser posterior.

Aún quienes no ven con buenos ojos este criterio, aceptan su existencia cuando el contenido del injusto y de culpabilidad de una acción típica incluye también a otro hecho o tipo, por lo que la condena desde uno de los puntos de vista jurídicos agota el desvalor del suceso visto conjuntamente[128].

Por tanto, la relación de consunción media cuando determinados tipos comprenden en sí otras fases de la acción que, independientemente consideradas, también serían formalmente típicas de otros delitos. En esta relación uno de los tipos importa una

valoración relevantemente superior, por lo que la pena de este importa al suceso en su conjunto.

La relación de consunción tiene lugar en el caso de la acción típica posterior al hecho punible destinada a asegurar, aprovechar o realizar la ganancia antijurídica obtenida mediante el primer hecho, que se lo suele llamar hecho posterior copenado o impune. Es en realidad correcto referirse a unidad de ley, por cuanto hay un hecho típico único cuyo contenido del injusto es abarcado por el tipo que se aplica (el desplazante). El desvalor de la etapa posterior a la consumación no tiene más objeto que agotar el contenido prohibitivo o desvalorante del delito y no da lugar a una nueva conducta.

Sebastián Soler nos clarifica el tema conceptualizando, que en el camino de un ilícito, está consumido por éste todo lo que constituye una etapa menor o anterior, es decir, todo aquello que no tiene el carácter de hecho autónomo sino de hecho previo. Pero, además nos dice, que quedan consumidas por la figura penal todas aquellas acciones posteriores, que tampoco pueden ser consideradas autónomas, porque la producción de ellas necesariamente presupone la imputación anterior[129]. Es decir, que en el supuesto analizado el delito de evasión tributaria se encuentra consumado, más no agotado. En efecto, la consumación depende de los propios elementos del tipo de evasión tributaria y no precisamente de que el autor haya obtenido la meta perseguida. Sostenemos que se debe aplicar únicamente el tipo del delito fiscal debido a que la utilización del dinero proveniente de la cuota defraudada por parte del mismo autor viene a agotar el contenido del injusto de este delito, por lo que el tipo de BdC debe excluirse en el caso, de manera que esta interpretación es la que mejor respeta los principios de proporcionalidad de las penas y de ne bis in idem.

Esencialmente, el aseguramiento, la utilización o el aprovechamiento de los bienes obtenidos por el delito constituyen materialmente una porción del delito cometido y, por esto, son una unidad que debe ser sancionada conjuntamente con el delito del que habrían provenido esos bienes. El uso del dinero proveniente de la evasión tributaria debe ser castigado con la pena por este último delito (delito de evasión tributaria), puesto que el lavado del dinero no pagado al Fisco tan sólo agota el contenido material del injusto previsto en aquel.

El problema de concurrencia de normas en los casos que estamos aquí considerando viene dado por la amplitud del tipo penal de BdC (art. 303 CP, inc. 1), quizás generado por las dificultades probatorias del delito, que permite subsumir formalmente en este tipo hechos que no deberían serlo. No debería ser penalmente relevante y típico del delito de lavado de activos el aprovechamiento del dinero de la cuota tributaria defraudada por parte del mismo autor porque, desde un punto de vista material, esta segunda acción está estrechamente vinculada al primer delito. Hay una ligazón necesaria entre el uso del dinero y el delito del cual provinieron aquellos bienes dinerarios. Lo típico del delito de evasión tributaria y el uso del dinero que de allí provenga consiste en que el autor, con seguridad, debe realizar el hecho posterior para poder hacerse de las ventajas derivadas del hecho principal.

En otras palabras, los beneficios económicos obtenidos de la comisión de actividades delictivas se encuentran sujetos a riesgos: el dinero puede ser decomisado y, también, ser utilizado como prueba de la actividad delictiva que dio lugar a ellos. Un actor racional (en

el sentido instrumental según el AED) podría minimizar estos riesgos ocultando los bienes obtenidos: puede, por caso, esconder bajo tierra el dinero obtenido de un robo o de la evasión tributaria. De este modo, reduciría significativamente la probabilidad de que el Estado lo prive de sus bienes y de que los mismos sean utilizados como prueba del hecho punible cometido. Sin embargo, esto no pareciera ser el curso natural del acontecimiento delictivo. Normalmente, quien comete un delito motivado por la obtención de beneficios económicos no lo hace sino para poder gozar de ellos.

En definitiva, se puede valorar una unidad de conducta en el Caso 1 orientado por el factor final que tuvo el autor al realizar ya la primer conducta disvaliosa. Es decir, que al evadir el pago de un tributo, el agente estuvo motivado en una finalidad lucrativa que es evidente y se termina realizando efectivamente después de consumado el delito fiscal, y al momento de utilizar el dinero. Al preguntarnos qué delito cabe aplicar en este caso, habrá que guiarse por la finalidad que tuvo el evasor que es la de usar y/o invertir, por ejemplo, y por esto esta segunda conducta no debe ser reprochada mediante la imposición de una nueva sanción penal. La dificultad creemos que reside básicamente en que hay dos espacios típicos totalmente distintos, y que por ello el intérprete puede verse obligado a aplicarlos contrariando, de esta manera, los principios liberales más básicos de nuestra legislación.

Hay quienes ven que con la propuesta realizada existirían lagunas de punibilidad, dado que el evasor fiscal podría no ser castigado por la evasión y el Estado ya no contaría con la posibilidad de perseguirlo por BdC. Es importante recordar que, a diferencia de lo que ocurre con el encubrimiento, para considerar al BdC como un acto posterior copenado se requiere que el hecho precedente haya sido efectivamente penado. Si esto no sucede por el motivo que fuere (falta de prueba, prescripción, falta de instancia, justificación, etc.), entonces el acto posterior puede ser penado. Esto significa que, con arreglo al mismo principio que fundamenta su impunidad, el autolavado sería punible cuando el autor no pudiera ser castigado por su participación en el delito precedente. Esto es posible gracias a que el legislador, mediante la ley 26.683, borro de un plumazo del tipo de BdC el elemento negativo que no hubiere participado. De haberse mantenido este elemento en el tipo, al igual que ocurre con el delito de encubrimiento donde el legislador limito la autoría a quienes no hubiesen participado en el hecho previo, el autolavado sería siempre atípico por más que no se haya penado el hecho subyacente. Además, el reproche puede ser mayor en el caso para el autor que no sólo evadió la cuota fiscal sino que también agoto el contenido de la prohibición, utilizando el dinero por caso, dado que esta segunda norma desplazada debe tener influencia ciertamente sobre el marco punitivo de la que sí resulta aplicable.

Finalmente, queda un obstáculo por sortear para poder aplicar la regla de la consunción al lavado del activo proveniente de la cuota defraudada, y es planteado por un sector de la doctrina que sostiene que los hechos posteriores de aseguramiento, aprovechamiento o utilización solamente pueden ser considerados copenados cuando se dirigen contra el mismo bien jurídico que el delito previo. Explican que “una acción típica posterior al delito con la que se pretenda asegurar, aprovechar o utilizar el beneficio ilícito obtenido a través del primer hecho, queda consumido si con ella no se lesiona ningún otro bien jurídico y no supone una ampliación cuantitativa de la medida de los daños ya acaecidos”[130] y que “sólo es posible hablar de la existencia de un hecho posterior copenado cuando el objeto de la agresión del hecho posterior coincide con el del hecho previo, o bien cuando represente respecto de este un minus cuantitativo, siempre y cuando el hecho posterior no involucre a nuevos titulares del bien jurídico individualizado, es decir a otros portadores del objeto

concreto del ataque”[131]. Seguidamente, evaluaremos esta problemática y esbozaremos una respuesta.

7. Objeto de protección de los hechos posteriores copenados [\[arriba\]](#)

En este apartado haremos referencia a los cuestionamientos suscitados en torno al bien jurídico tutelado por el delito de lavado de dinero, tomando atenta nota de la decisión expresa del legislador que considera como tal al orden económico y financiero (como lo indica el Título correspondiente del CP) y, por el otro, del bien jurídico tutelado por los delitos tributarios y de la seguridad social, para sostener que si bien en la apariencia se protegen bienes jurídicos distintos por estos dos delitos, en la práctica, el orden económico y financiero también se resiente por el delito fiscal (mediatamente). En segundo lugar, referiremos que el requisito de que el acto posterior copenado debe afectar el mismo bien jurídico que el delito subyacente para ser así considerado, actualmente se encuentra matizado, en tanto es correcto afirmar como acto posterior copenado a aquel que continua la línea lesiva trazada por el delito anterior. Finalmente, subrayar que desde el origen del tipo de BdC en el CP, este ya no solamente protegía al mismo bien jurídico que el delito subyacente, dado su ubicación sistemática dentro de la rúbrica de la Administración de Justicia (como bien jurídico colectivo y distinto del de delito subyacente).

Entonces, al referirnos al bien jurídico protegido por el delito de lavado, debemos realizar un análisis crítico del mismo refiriendo que hay quienes sostienen que no es el único afectado, dado que la Administración de Justicia se ve afligida en las dos primeras etapas de lavado (colocación y estratificación). Ya desde antes de que el tipo de lavado sea incorporado definitivamente al CP, autores como Llerena sostenían que “a nivel macroeconómico es evidente que el ingreso de fondos de origen ilícito produce un menoscabo en la estabilidad, solidez y transparencia del sistema financiera, asestando un fuerte impacto en la confianza que este debe inspirar a los actores económicos y al público en general (...) su carácter pluriofensivo, por afectar la administración de justicia, el orden socioeconómico y hasta la salud pública, en los casos vinculados con el tráfico ilícito de sustancias estupefacientes” [132].

La conducta de BdC afecta a varios bienes jurídicos, como bien dijera Llerena por su carácter pluriofensivo, que pueden incluir al mismo bien jurídico protegido por el ilícito previo. En el caso del delito fiscal, que protege a la normal función recaudadora del Fisco, no parece obvio que se afecte al bien jurídico protegido por el delito de BdC de una forma especialmente negativa. Pareciera todo lo contrario, que es beneficioso para la recaudación fiscal que la cuota evadida sea posteriormente utilizada en el mercado lícito. Aumentando, de esta forma, la recaudación como producto del incremento de la cantidad de dinero disponible en el mercado (que genera impuestos por su uso para consumo, IVA, o porque ese dinero será atribuible a cierta persona física o jurídica generando, así, un incremento patrimonial del cual se deducen el Impuesto a las Ganancias o a los Bienes Personales).

Como dijéramos al comienzo de este acápite, parte de la doctrina requiere para que los actos posteriores de aseguramiento, aprovechamiento o uso sean considerados copenados, estos deben dirigirse contra el mismo objeto de protección. Actualmente, se flexibilizó esta exigencia de manera tal de considerar que aún cuando el acto posterior no afecte al mismo bien jurídico que el delito consumado, puede ser considerado copenado si el ataque

continúa con la misma línea lesiva. Así, Bacigalupo sostiene que “los tipos que aparentemente concurren pueden tener distintos objetos de protección, siempre y cuando estos se encuentren en la misma línea de protección o los hechos configuran una progresión delictiva, es decir, cuando la infracción avanza en el sentido propio del desarrollo lógico del plan del autor”[133]. Esto ocurre en el caso de los delitos de blanqueo de activos y evasión tributaria, puesto que el autor incumple con la obligación de pago del tributo justamente para obviar el gravamen que pesa sobre su patrimonio, y así disponer de la totalidad del dinero.

Sin necesidad de apelar a una flexibilización del criterio, se puede sostener que si bien formalmente no afectan al mismo bien jurídico, el delito fiscal y el delito de blanqueo se encuentran en la misma línea lesiva.

De todas maneras, cabe preguntarse si los bienes jurídicos afectados por el delito fiscal y el de lavado de activos son materialmente diferentes, a pesar de lo indicado por la rúbrica respectiva. Así, el Título XIII del CP señala que el delito de blanqueo de capitales afecta al “Orden Económico y Financiero”, referencia que podría abarcar a todos los delitos económicos definidos, como lo hiciéramos antes, como la conducta punible que atenta contra la integridad de las relaciones económicas públicas, privadas o mixtas y que como consecuencia ocasiona daño al orden que rige la actividad económica[134]. El delito tributario, por su parte, aparece como uno contra la Hacienda Pública (sentido dinámico), y no se entiende cómo esto puede no ser penalmente relevante, a su vez, en el orden económico y financiero del país. Es decir, la tutela en la función tributaria debe ser entendida como aquella a la que corresponde la consecución del fin recaudatorio de los tributos a través de un proceso en el que se actúan las potestades de imposición, concretamente el de la recaudación, en el que se concreta el bien jurídico, en la medida en que está representado por el interés de la Hacienda Pública, en la percepción de los tributos, de un modo completo y exacto. Entonces, el objeto de protección del delito fiscal es velar por la capacidad de recaudación del Estado y esto afecta, mediatamente, al orden económico y financiero de aquella economía, puesto que la alteración en el volumen de lo recaudado influye en algún sector del gasto público.

Podemos pensar que existe una relación de género - especie, entre los bienes jurídicos Orden Económico y Financiero y Hacienda Pública, en tanto por este último se precisó más agudamente el objeto de protección, siendo que en última instancia la afectación a la recaudación del Fisco supone siempre una al orden económico y financiero.

En un país como la Argentina, en donde hay una intervención cada vez más activa del Estado en diferentes ámbitos de la economía y de las finanzas a través del destino de fondos públicos, afectar la capacidad de recaudación implica que el Estado ya no va a contar con los mismos fondos para realizar su gasto en aquellas áreas. A pesar de lo deseable de esta postura para algunos, que el Estado no intervenga y distorsione el mercado donde interviene, no caben dudas de que el orden económico y financiero se conmueve más intensamente en los Estados con una fuerte inclinación social.

En otras palabras, sostenemos que no necesariamente el autolavado perdió su condición de acto posterior copenado a partir de la reforma de la ley 26.683 en la cual, entre otras, el legislador decidió que el BdC es un delito que lesiona el orden económico y financiero. Principalmente, por el hecho de que antes de la mencionada reforma, el BdC lesionaba a un

bien jurídico distinto del delito subyacente: la Administración de Justicia y no por esto dejaba de ser un acto posterior copenado.

En suma, tal como lo afirmara Córdoba “el lavado de dinero es un delito que presenta dos características bien definidas. Por un lado, es un delito de aseguramiento o aprovechamiento de los beneficios de un delito precedente. Es por ello que el autolavado, en tanto dirigido al aseguramiento o aprovechamiento de los beneficios del delito anterior en el que se ha participado, ha sido considerado ‘acto posterior copenado’. Por el otro, es un delito pluriofensivo que profundiza la lesión del bien jurídico del delito precedente, lesiona la administración de justicia y, según la postura adoptada ahora por la Ley N° 26.683, también el orden económico financiero” [135].

Resumiendo, antes de la reforma el autolavado era atípico, por lo que cabe afirmar que en el legislador primo esta primera característica, la de considerarlo como acto posterior copenado, sobre la segunda, en tanto delito pluriofensivo. No cabe duda entonces de que el autolavado pasó a ser una conducta típica al haber eliminado la ley 26.683 ese requisito, “el que no hubiere participado”. Como también es seguro que esta posibilidad de considerar formalmente típica la conducta de lavado, lo que hace es devolver la cuestión a las reglas del aparente concurso de leyes (en el caso, a la de consunción), por lo que su aplicación depende de la lógica que subyace a ellas, que ya fue explicada, conduciendo a las siguientes conclusiones:

- i. la lesión de otro bien distinto, en lo que aquí interesa el “Orden Económico y Financiero”, no es razón suficiente para descartar que el autolavado sea considerado un acto posterior copenado sin más. Es correcto negarle este carácter cuando la lesión al bien jurídico mencionado sea manifiestamente mayor a la medida que está contemplada como agotamiento del delito previo; y
- ii. En todos aquellos casos en los que el comportamiento no suponga ninguna afectación especialmente grave del orden económico y financiero, con más razón aún sostenemos que el autolavado es un acto posterior copenado.

La utilización del dinero proveniente de la cuota defraudada, o al menos de los AR\$300,000 necesarios para alcanzar la tipicidad exigida por el tipo de BdC según los Casos 1 y 2, en la economía formal mediante la adquisición de productos y/o servicios, claramente no supone una afectación mayor al orden económico y financiero en la medida que está prevista como agotamiento del delito contra la Hacienda Pública (en tanto su relación de especie respecto de aquel y, en general, dentro del ámbito del derecho penal económico).

8. Conclusiones [\[arriba\]](#)

La propuesta aquí reseñada precisa el objeto material del BdC a fin de incluir dentro del supuesto típico las conductas que suponen un mayor disvalor social que justifican su inclusión dentro del Código Penal. Al establecer que el aseguramiento, aprovechamiento o uso del dinero obtenido como consecuencia de la cuota fiscal defraudada constituye, desde un punto de vista material, una parte del delito cometido y debe ser sancionada conjuntamente con este en tanto se trata de hechos posteriores copenados, se acota el ámbito de punibilidad del delito de BdC relevantemente.

El delito fiscal (art. 1 y/o 2 inc. d, Ley N° 24.769) puede ser delito subyacente del de lavado de activos (art. 303 inc. 1 CP), luego de la última modificación de la Ley N° 25.246 en la que expresamente se menciona que la UIF será la encargada de prevenir el delito de lavado de activos preferentemente proveniente de la comisión de delitos previstos en la ley penal tributaria. Lo que no es posible es condenar a un mismo autor (Caso 1) por ambos delitos, cuando es el mismo individuo quien realiza alguna de las acciones típicas del art. 303, inc. 1) CP sobre el dinero proveniente de la cuota tributaria evadida.

En este supuesto no se da un concurso de delitos sino un concurso aparente de normas (o unidad de conducta), en particular un caso de consunción del blanqueo de dinero por el delito fiscal, en tanto el aprovechamiento, utilización o uso del dinero obtenido como consecuencia de dejar de pagar la cuota defraudada, constituye desde un punto de vista material, una parte del delito cometido y que debe ser sancionada conjuntamente con este, en tanto se trata de hechos posteriores copenados. No hay inconvenientes en sancionar a dos personas distintas cuando una es quien evade el pago de un tributo y otra, es quien realiza alguna de las acciones típicas de BdC sobre esa cuota evadida.

Por otro lado, dijimos que para considerar al BdC como un acto posterior copenado se requiere que el hecho precedente haya sido efectivamente penado. Si esto no sucede por el motivo que fuere (falta de prueba, prescripción, falta de instancia, justificación, etc.), entonces el acto posterior puede ser penado. Esto significa que, con arreglo al mismo principio que fundamenta su impunidad, el autolavado sería punible cuando el autor no pudiera ser castigado por su participación en el delito precedente. Esto es posible gracias a que el legislador, mediante la ley 26.683, borro de un plumazo del tipo de BdC el elemento negativo que no hubiere participado, a diferencia de lo que ocurre con el delito de encubrimiento, que siempre es atípico para el individuo que intervino en el delito antecedente.

Dado que los objetos de protección de los tipos de BdC y evasión tributaria se encuentran en la misma línea de protección, esto es, la infracción avanza en el sentido propio del desarrollo lógico del plan del autor (lo cual es suficiente para considerarlo como acto posterior copenado), no hay dificultad en considerar que existe un aparente concurso de normas. Puesto que el autor incumple con la obligación de pago del tributo justamente para sortear el gravamen que pesa sobre su patrimonio, y así poder disponer de la totalidad del dinero.

Al tratar la problemática desde la óptica elegida, la cual supone una unidad de ley, debido a que las normas del delito fiscal y lavado no concurren en un sentido propio, se evita la vulneración del principio constitucional ne bis in idem (lo que había sido resuelto por el anterior tipo de BdC que excluía de forma expresa del grupo de posibles autores a quienes hayan tenido intervención en el delito previo).

La Ley N° 25.246 se inscribe en la tendencia moderna de avanzar sobre los derechos básicos de las personas, intentando limitar el principio de legalidad y con ello creando tipos penales difusos y bienes jurídicos sin delimitación conceptual, facultando así al Estado a inmiscuirse en la vida de las personas, basados quizás en fines que están por sobre éstas o desconocidos (las presiones del GAFI por caso). Contrariamente a la tesis criticada, sostenemos que solamente la criminalización de las infracciones económicas de mayor gravedad, de conformidad con una concepción material del Bien Jurídico, que además supongan una

modalidad de ataque especialmente grave, justifican la intervención del ius puniendi penal. Esta visión se orienta por principios restrictivos de la intervención penal, cuyas prohibiciones deben abarcar aquellas conductas que supongan un riesgo jurídicamente desaprobado cualificado, y en donde no se deben dejar de lado la aplicación de las tradicionales garantías liberales del Derecho penal.

En definitiva, la solución propuesta aquí tiene como finalidad evitar la sanción de penas exageradas, desproporcionadas en la medida que no guardan relación la conducta disvaliosa del autor y el consiguiente reproche penal. En este sentido, el objetivo es dar motivos para considerar a la interpretación propuesta como adecuada, sistemática y respetuosa de los principios penales, de manera de eludir la consideración fraccionada de la hipótesis típica - delito de evasión tributaria seguido del delito de lavado de activos - que lleva a resultados absurdos en el entendimiento de las penas propuestas por nuestro digesto de rito.

Bibliografía

Aguirre Obarrio, Eduardo, Problemas contemporáneos y política criminal, Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, Volumen: XLVI-39, p. 173.

Alvarez Pastor, Daniel, Eguidazu Palacios, Fernando, La Prevención del Blanqueo de Capitales, Ed. Aranzadi, Pamplona, España, 1998.

Bacigalupo, Enrique, Sobre el concurso de delito fiscal y blanqueo de dinero, Civitas Thompson Reuters, 1° Ed., Pamplona, 2012.

- Estudio comparativo del Derecho Penal de los Estados Miembros de la UE sobre la represión del reciclaje o blanqueo de dinero ilícitamente obtenido, en Derecho Penal Económico, Hammurabi, 2000, Buenos Aires, p. 280 y sig.

Becker, Gary, Crime and Punishment: An economic approach, Stigler Ed., en Chicago Studies in Political Economy, University Chicago Press, Chicago-Londres, 1988, p. 537-592.

Bermejo, Mateo, Prevención y castigo del blanqueo de capitales. Una aproximación desde el análisis económico del derecho, Tesis Doctoral inédita por la Universitat Pompeu Fabra, en <http://www.tdx.cat/handle/10803/7318>, p. 157.

Blanco Cordero, Isidoro, El delito de blanqueo de capitales, Aranzadi, Pamplona, 2002, p. 98.

- Lavado de Activos por Sujetos Obligados. Análisis de la teoría de los delitos de infracción de un deber, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2011.

- “Eficacia del sistema de prevención del blanqueo de capitales. Estudio del cumplimiento normativo (compliance) desde una perspectiva criminológica”, en Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 13-2009.

- “El delito fiscal como actividad delictiva previa del blanqueo de capitales”, en Revista electrónica de Ciencias Penales y Criminología, <http://criminet.ugr.es/recpc>, n° 13-01, 2011.

- “Los Tributos Defraudados como Objeto Material del Delito de Lavado de Activos”, Gaceta Penal y Procesal Penal, Ed. Gaceta Jurídica S.A., Madrid, 17/03/2011, p. 167.

Bottke, Wilfried, Sobre la legitimidad del derecho penal económico en sentido estricto y sus descripciones típicas específicas, en Hacia un derecho penal económico europeo, en Jornadas en honor del Profesor Klaus Tiedemann, 1992, Madrid, p. 637-654.

Campos Navas, Daniel, “Lavado de dinero y delito fiscal. La posibilidad de que el delito fiscal sea precedente al de blanqueo”, La Ley XXVI, n° 6383, 21/12/2005, p. 6.

Calderón Carrero, José M., “Blanqueo de capitales, paraísos fiscales y sistema tributario”, Wolters Kluwer, España, Noticias de la Unión Europea, estudios y notas, Año 25, n° 299, 2009.

Caparrós, Fabián, El Delito de Blanqueo de Capitales, Ed. Colex, Madrid, 1998, p. 30.

Catania, Alejandro, Régimen Penal Tributario. Estudio sobre la ley 24.769, Editores del Puerto, Argentina, 2007, p. 40.

Choclan Montalvo, J. A., “¿Puede el delito fiscal ser precedente del delito de blanqueo de capitales?”, en Boletín del ilustre Colegio de Abogados de Madrid, n° 37, 2007, p. 335.

Córdoba, Fernando, “¿Se puede castigar el autolavado?”, Revista de Derecho Penal y Criminología, La Ley, Año II, N° 5, Junio 2012, Buenos Aires, p. 236.

Cornejo Costas, Emilio, en “El lavado de dinero y la evasión tributaria”, Revista de Derecho Penal y Procesal Penal, Abeledo Perrot, 2012-5, p. 795.

Cúneo Libarona, M. (h), El delito de lavado de dinero. La existencia de un delito previo y su prueba. Garantías constitucionales, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2009.

Dacobo, Jorge J., La aplicación de los principios y normas penales al Derecho Administrativo Disciplinario, Jurisprudencia Argentina, 1996-IV, Sección Doctrina, p. 785-792.

D´Albora (h), Francisco J., “El delito de lavado de activos de origen delictivo y sus vicisitudes”, La Ley 2010-D, Suplemento Penal, agosto 2010.

- La nueva ley de lavado de dinero, www.eldial.com-DC15F9, 10 de junio de 2011.

- “El delito de lavado de activos de origen delictivo y sus vicisitudes”, La Ley Suplemento Penal y Procesal Penal, 19/VIII/10, p. 2.

- Lavado de Dinero y delito tributario, NDP, 2001/A, p. 9.

D' Alessio, Andrés, Código Penal Comentado y Anotado. Parte Especial - arts. 79 a 306, La Ley, Buenos Aires, 2004, p. 928.

Damarco, Jorge, El delito de lavado de activos y su relación con algunos aspectos fiscales, publicado en por la Asociación Argentina de Estudios Fiscales, en Doctrina 1999-2004, tomo I, p. 1103.

Del Rosal Blasco, Bernardo, "Delito fiscal y blanqueo de capitales: perspectivas ante la nueva reforma del tipo básico del delito fiscal", diario La Ley, Año XXXIV, Número 8017, 06/02/2013.

DÍAZ, Vicente O., "El sustrato del delito de lavado de dinero en sus antecedentes internacionales y sus pretendidas implicancias tributarias", Periódico Económico Tributario del año 2001, p. 351.

Donna, Edgardo A., Derecho Penal. Parte Especial, Tomo II-B, 3ª Ed., Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2007.

- Derecho Penal. Parte Especial, Tomo III, 3ª Ed., Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2007.

Durrieu (h.), El delito de lavado de dinero en la Argentina, Ed. Lexis Nexis, Buenos Aires, 2006.

Jakobs, Günther, Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y Teoría de la Imputación, Marcial Pons, 2ª Ed., Madrid, 1997.

Jescheck, Hans-Heinrich, Tratado de derecho penal, parte general, Editorial Comares, 5ª Ed., Granada, 2002, p. 792.

Laporta, Mario H., Delito Fiscal. El hecho punible, determinación del comportamiento típico, Ed. B de f, Argentina, 2013, p. 175.

- <http://penaleconomico.blogspot.com.ar/2011/10/puede-la-evasion-fiscal-ser-ilicito.html>.

Luzón Campos, Enrique, Blanqueo de cuotas defraudadas y la paradoja de McFly, en La Ley, n° 7.818, 14/03/2012, p.1.

Llerena, Patricia, "El delito de lavado de dinero" en "Combate al lavado de dinero en los sistemas judiciales", CICAD/OEA-SEDRONAR, 2002, p. 73.

Martinez-Buján Perez, Carlos, Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial, Tirant Lo Blanch, 3ª Ed., Valencia 2011.

- "Algunas Reflexiones sobre la moderna teoría del 'big crunch' en la selección de bienes jurídico-penales (especial referencia al ámbito económico)", en la ciencia del derecho

penal ante el nuevo siglo: libro homenaje al profesor doctor don José Cerezo Mir, coord. Díez Ripollés, José L., Ed. Tecnos, España, 2002, p. 395-432.

Maurach, Reinhert, Tratado de Derecho penal, 2 vol., Ed. Astrea, Barcelona, 1962, p. 588.

Miranda Gallino, Rafael, Delitos contra el orden económico, Ed. Pannadille, Buenos aires, 1970, p. 25.

Mir Puig, Santiago, Estado, Pena y Delito, Ed. B de F, Barcelona, 2006, p. 81.

Muñoz Conde, Francisco, La ideología de los delitos contra el orden socioeconómico en el Proyecto de Ley Orgánica del Código Penal, en Cuadernos de Política Criminal, N° 16, Instituto de Criminología, Madrid, 1982, p. 129.

Ortiz de Urbina Gimeno, Iñigo, Análisis Económico del Derecho y Política Criminal, Revista de Derecho Penal y Criminología N° Extraordinario 2, España, 2005, p. 51.

Pastor, Daniel R., ¿Nuevas tareas para el principio ne bis in idem?, en La cultura penal, Homenaje al Profesor Edmundo S. Hendler, Anitua, Gabriel - Tedesco, Ignacio F., Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 2009, p. 498.

Perez Lamela, Héctor D., Lavado de Dinero. Doctrina Práctica sobre la prevención e investigación de operaciones sospechosas, Ed. Lexis Nexis, Buenos Aires, 2006.

Quinteros Olivares, Gonzalo D., “El delito fiscal y el ámbito material del delito de blanqueo”, Revista Actualidad Jurídica, Ed. Aranzadi, Año XVI n° 698, 09/02/2006.

Robbins, Lionel, An essay on the nature and significance of economic science, Macmillan and Co. Ed., 2ª ed., Londres, 1935, p. 16.

Sancinetti, Marcelo, Por qué razón y en qué medida la defraudación tributaria puede ser “hecho previo” del delito de lavado de dinero, Eldial.com, Suplemento de Derecho Penal, Biblioteca Jurídica Online, 14/7/2008.

Silva Sánchez, Jesús María, La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales, 2ª ed. revisada y ampliada, Ed. Civitas, Madrid, 2001.

- Eficiencia y derecho penal, ADPCP, España, 1996, p. 93-127.

Soler, Sebastián, Derecho penal argentino, t. II, Ed. La Ley, 1945, p. 332.

Yacobucci, Guillermo J., El sentido de los principios penales. Su naturaleza y funciones en la argumentación penal, Ed. Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2002.

Zaffaroni, Eugenio, Alagia, Alejandro y Slokar, Alejandro, Derecho Penal. Parte General, Ediar, Buenos Aires, 2000, p. 110.

Zamorano, S, El delito fiscal como antecedente del delito de blanqueo de capitales: ¿principio o fin de la polémica?, en legaltoday.com, 23/03/2012.

Zunino Suárez, Rodolfo G., Informe N° 27, Área Tributaria. Análisis del Proyecto de Reforma de la Ley Penal Tributaria y Previsional, Ed. Amalevi, Buenos Aires, 2012.

[1] Artículo 303, inc. 1) del CP: 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] A los fines del presente trabajo, en virtud de aunar las distintas denominaciones utilizadas en los sistemas jurídicos que se estudiarán, se utilizará indistintamente blanqueo de capitales, blanqueo de activos o de dinero.

[3] Ley 24.769, art. 1°: Será reprimido con prisión de dos (2) a seis (6) años el obligado que mediante declaraciones engañosas, ocultaciones maliciosas o cualquier otro ardid o engaño, sea por acción o por omisión, evadiere total o parcialmente el pago de tributos al fisco nacional, al fisco provincial o a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, siempre que el monto evadido excediere la suma de cuatrocientos mil pesos (\$400.000) por cada tributo y por cada ejercicio anual, aun cuando se tratase de un tributo instantáneo o de período fiscal inferior a un (1) año.

[4] Ley 24.769, art. 2° inc. d: La pena será de tres (3) años y seis (6) meses a nueve (9) años de prisión, cuando en el caso del artículo 1° se verificare cualquiera de los siguientes supuestos: d) Si hubiere mediado la utilización total o parcial de facturas o cualquier otro documento equivalente, ideológica o materialmente falsos

[5] La configuración del delito de lavado de activos presenta tres etapas, habiendo cierto consenso en la doctrina especializada en su definición: i) colocación: el lavador introduce sus ganancias ilícitas en el sistema financiero (dado que las actividades generadoras del dinero ilícito suelen participar de dinero en efectivo mayoritariamente). Ejemplo: depósitos en cuenta bancaria, inversión en instrumentos financieros. ii) estratificación: múltiples transacciones que separan los fondos de su fuente ilegal, dificultando su rastreo. Ejemplo: transferencias bancarias entre sociedades vinculadas por un tramado intra-societario. iii) integración: reinserción de los fondos ilegales en la economía. Los fondos parecen legítimos y pueden ser reutilizados. Ejemplo: Compra de bienes raíces o bienes de lujo.

[6] Cfr. Bottke, Wilfried, Sobre la legitimidad del derecho penal económico en sentido estricto y sus descripciones típicas específicas, en *Hacia un derecho penal económico europeo. Jornadas en honor del Profesor Klaus Tiedemann, Estudios Jurídicos, 1992, p. 637 y sig.*

[7] Cfr. Miranda Gallino, Rafael, *Delitos contra el orden económico*, Pannadille, p. 25.

[8] este es un rasgo distintivo del capitalismo, que se agudiza con la actual configuración globalizada de la economía, permitiendo que ya no sólo las riquezas nacionales afecten a la economía local, sino también los capitales extranjeros

[9] Que se autodefine como un grupo informal de acreedores públicos y que tiene la

particularidad de no poseer existencia legal ni estatutos. Fundado en 1956, lo integran: Alemania, Austria, Australia, Bélgica, Canadá, Dinamarca, España, Estados Unidos, Finlandia, Francia, Gran Bretaña, Holanda, Irlanda, Italia, Japón, Noruega, Rusia, Suecia y Suiza. El Club de Paris está integrado por un grupo de países que muchos son parte del Fondo Monetario Internacional (FMI).

[10] Se entiende por paraísos fiscales a los territorios o jurisdicciones que se caracterizan por aplicar un régimen tributario especialmente favorable a las personas físicas y jurídicas no residentes, es decir, a quienes sólo se domicilien allí a efectos legales, pero que no tienen fijado en el mismo el asiento principal de sus negocios. Si bien es cierto que no existe acuerdo en cuanto a los criterios para definir a un territorio como paraíso fiscal, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico reconoce cuatro factores principales: i) Si la jurisdicción no impone impuestos o éstos son sólo nominales. La OCDE reconoce que cada jurisdicción tiene derecho a determinar si imponer impuestos directos. Si no hay impuestos directos pero sí indirectos, se utilizan los otros tres factores para determinar si una jurisdicción es un paraíso fiscal. ii) Si hay falta de transparencia. iii) Si las leyes o las prácticas administrativas no permiten el intercambio de información para propósitos fiscales con otros países en relación a contribuyentes que se benefician de los bajos impuestos. iv) Si se permite a los no residentes beneficiarse de rebajas impositivas, aún cuando no desarrollen efectivamente una actividad en el país.

[11] del Preámbulo en la Convención de Viena.

[12] Art. 3° inc. 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” (el resaltado me pertenece).

[13] del Preámbulo en la Convención de Viena.

[14] Cornejo Costas, Emilio, en “El lavado de dinero y la evasión tributaria”, Revista de Derecho Penal y Procesal Penal, Abeledo Perrot, 2012-5, p. 795.

[15] Se denomina Grupo de los siete a un grupo de países industrializados cuyo peso político, económico y militar es muy relevante a escala global. Está conformado por Alemania, Canadá, Estados Unidos, Francia, Italia, Japón y Reino Unido. La pertenencia al grupo no se basa en un criterio único, ya que no son ni los siete países más industrializados, ni los de mayor renta per cápita ni aquellos con un mayor Producto Interior Bruto. En todo caso, la pertenencia no sigue criterios democráticos mundiales, como sería deseable para los que comparten esta ideología. Fuente: <http://es.wikipedia.org/wiki/G-7>.

[16] “Grupo intergubernamental cuya función es establecer estándares, desarrollar y promover políticas para combatir el lavado de activos y el financiamiento del terrorismo”, fuente: <http://www.fatf-gafi.org/>. Actualmente lo integran 34 miembros, 32 países y dos organizaciones: Alemania, Argentina, Australia, Austria, Bélgica, Brasil, Canadá, China, Dinamarca, España, Usa, Finlandia, Francia, Grecia, Hong Kong, Irlanda, Islandia, Italia, Japón, Luxemburgo, México, Noruega, Nueva Zelanda, Países Bajos, Portugal, Gran Bretaña, Rusia, Singapur, Suecia, Sudáfrica, Suiza, Turquía, la Comisión Europea y el Consejo de Cooperación del Golfo.

[17] Recomendación 3°, Delito de lavado de activos: Los países deben tipificar el lavado de activos en base a la Convención de Viena y la Convención de Palermo. Los países deben

aplicar el delito de lavado de activos a todos los delitos graves, con la finalidad de incluir la mayor gama posible de delitos determinantes.

[18] <http://www.gafisud.info/pdf/NUEVASRECOMENDACIONESDELGAFI-esp.pdf>, p. 35.

[19] Blanco Cordero, Isidoro, El delito de blanqueo de capitales, Aranzadi, Pamplona, 2002, p. 98.

[20] Ley 23.737, art. 25: Será reprimido con prisión de dos a diez años y multa de seis mil a quinientos mil australes, el que sin haber tomado parte ni cooperado en la ejecución de los hechos previstos en esta ley, interviniera en la inversión, venta, pignoración, transferencia o cesión de las ganancias, cosas o bienes provenientes de aquéllos, o del beneficio económico obtenido del delito siempre que hubiese conocido ese origen o lo hubiera sospechado. Con la misma pena será reprimido el que comprare, guardare, ocultare o receptare dichas ganancias, cosas, bienes o beneficios conociendo su origen o habiéndolo sospechado (...).

[21] Art. 278 CP: 1) a) Será reprimido con prisión de dos a diez años y multa de dos a diez veces del monto de la operación el que convirtiere, transfiriere, administrare, vendiere, gravare o aplicare de cualquier otro modo dinero u otra clase de bienes provenientes de un delito en el que no hubiera participado, con la consecuencia posible de que los bienes originarios o los subrogantes adquieran la apariencia de un origen lícito y siempre que su valor supere la suma de cincuenta mil pesos (\$ 50.000), sea en un solo acto o por la reiteración de hechos diversos vinculados entre sí (el resaltado me pertenece).

[22] Quien en las Exposiciones de motivos explicara que “El fenómeno de lavado de dinero, como especialmente intrigante para el derecho penal, comenzó en el campo de tráfico de estupefacientes, para identificar a los autores de los hechos previos. Luego se vio que el fenómeno podría extenderse a otros campos. Pero si se hace una enumeración, necesariamente se pecará de poco, porque es imposible prever todos los hechos previos que podrían originar lucro y que estuviesen en un plano de igualdad o proporcionalidad en el grado de disvalor. Por otra parte, si se hace una enumeración bien extensa, se incluirán casos que quizás no deberían estar en esta disposición particular y se excluirán otros que sí tendrían que estar incluidos. En la práctica, se podría llegar a establecer el escalón de pertenencia propio del subconjunto ‘lavado’ (dentro del conjunto mayor de encubrimiento), fijando un monto del valor de los bienes que recibe apariencia lícita por encima del cual el hecho constituya ‘lavado’ en sentido estricto, y hasta el cual, en cambio, sea un mero ‘encubrimiento’”.

[23] D´Albora (h), Francisco J., “El delito de lavado de activos de origen delictivo y sus vicisitudes”, Suplemento Penal, agosto 2010, La Ley2010-D, 1292.

[24] Cfr. Blanco Cordero, Isidoro, Eficacia del sistema de prevención del blanqueo de capitales. Estudio del cumplimiento normativo (compliance) desde una perspectiva criminológica, en Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología 13-2009.

[25] “Mutual Evaluation Report”, del 22/10/10, emitido por el plenario del GAFI en igual fecha, luego de la evaluación conjunta de nuestro país hecha por el GAFI.

[26] Idem, p. 33, punto 128, y pág. 37, punto 151.

[27] Sin perjuicio de esto, se enmendó la ley incorporándose de modo expreso a los delitos tributarios como posible delito precedente -inciso j, del art. 6º de la ley 25.246- de acuerdo a la reforma operada por ley 26.683. Esa enumeración se hace dentro de los delitos precedentes cuyo lavado “preferentemente” se encargará de prevenir la UIF.

[28] Gil Lavedra, Ricardo R., diputado al momento de la enmienda por ley 26.683, refirió a una “...reforma motivada en una intensa presión”, en El nuevo régimen legal de lavado de activos, LL 2011-D-1223. Aquí debe recordarse la recomendación de Aguirre Obarrio, quien señalaba que es un error confiar los proyectos de leyes penales a los organismos administrativos con injerencia específica. Estos debía ser escuchados, pero nunca erigirse

en legisladores, en Aguirre Obarrio, Eduardo, Problemas contemporáneos y política criminal, Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, Volumen: XLVI-39, p. 173.

[29] Ver Martínez-Buján Pérez, Carlos, Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial, Tirant Lo Blanch, 3ª Ed., Valencia 2011, p. 959, cuando sostiene la innecesidad del estudio de lesividad en estos nuevos delitos alejados del paradigma de aquellos clásicos, “dado que se tiende a la protección de contextos cada vez más genéricos, en que lo decisivo no es el riesgo concreto como riesgo en sí mismo relevante e imputable personalmente a un sujeto determinado, sino la visión macroeconómica o macrosocial (...) el Derecho Penal de las sociedades postindustriales vendría a asumir el modo de razonar propio del Derecho administrativo sancionador, según el cual no se requiere que la conducta específica, en sí misma concebida, sea relevantemente perturbadora de un bien jurídico, y por ello tampoco es necesario un análisis de lesividad en el caso concreto” (el resaltado me pertenece).

[30] D´Albora (h), Francisco J., La nueva ley de lavado de dinero, www.eldial.com-DC15F9, 10 de junio de 2011.

[31] Caparrós, Fabián, El Delito de Blanqueo de Capitales, Ed. Colex, Madrid, 1998, p. 30.

[32] Bermejo, Mateo, Prevención y castigo del blanqueo de capitales. Una aproximación desde el análisis económico del derecho, Tesis Doctoral inédita por la Universitat Pompeu Fabra, en <http://www.tdx.cat/handle/10803/7318>, p. 157.

[33] Caparrós, Fabián, El Delito de Blanqueo..., Op. cit., p. 75.

[34] Cfr. Bermejo, Mateo, Prevención..., Op. cit., p. 147.

[35] Idem, p. 146.

[36] Es decir, más allá del tipo específico del art. 25 de la Ley de Estupefacientes. Antecedentes Parlamentarios, p. 1671.

[37] Donna, Edgardo A., Derecho Penal. Parte Especial, Tomo III, 3ª Ed., Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2007, p. 475.

[38] Blanco Cordero, Isidoro, El delito de blanqueo, Op. cit., p. 101.

[39] del Preámbulo de la Convención de Viena.

[40] Soler, Sebastián, Derecho penal argentino, t. II, Ed. La Ley, 1945, p. 332: “de esta particular relación de exclusión que media entre el encubrimiento y el delito anterior se deducen algunas consecuencias ulteriores importantes: Nadie puede ser imputado de encubrimiento del hecho en el cual ha participado: el autoencubrimiento no es delito”.

[41] Córdoba, Fernando, “¿Se puede castigar el autolavado?”, Revista de Derecho Penal y Criminología, Año II, N° 5, Junio 2012, La Ley, Buenos Aires, p. 236.

[42] Donna, Edgardo A., Derecho Penal., Op. cit., p. 483.

[43] Cfr. Bacigalupo, Enrique, Estudio comparativo del Derecho Penal de los Estados Miembros de la UE sobre la represión del reciclaje o blanqueo de dinero ilícitamente obtenido, en Derecho Penal Económico, Hammurabi, 2000, Buenos Aires, p. 280 y sig.

[44] Idem, p. 457.

[45] Silva Sánchez, Jesús María, La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales, 2ª ed. revisada y ampliada, Ed. Civitas, Madrid, 2001, en donde el autor sostiene que el derecho penal se está expandiendo y que esta expansión responde a decisiones de política criminal, inducidas por las nuevas características del mundo globalizado. Estas características obligan a los países a re-evaluar la importancia de proteger por la vía penal ciertos bienes jurídicos, cuya escasez era difícil imaginar en el pasado (por ej., el medio ambiente) y, en general, los bienes jurídicos supraindividuales y colectivos.

[46] Yacobucci, Guillermo J., El sentido de los principios penales. Su naturaleza y funciones en la argumentación penal, Ed. Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2002, p. 37.

[47] Para un estudio más acabado de la postura a la cual suscribimos en el presente trabajo, ver Martínez-Buján Pérez, Carlos, Derecho Penal..., Op. cit., p. 966 y sig, donde “partiendo de la premisa (relativizadora) básica que aquí se ha acogido, a saber, la de que las infracciones delictivas económicas más graves deben permanecer siempre en el núcleo duro del Derecho penal, sin perjuicio de que otras infracciones de menor entidad puedan tener cabida en un Derecho penal alternativo que no recurra a la pena privativa de la libertad”.

[48] D´Albora (h), Francisco J., “El delito de lavado de activos de origen delictivo y sus vicisitudes”, La Ley Suplemento Penal y Procesal Penal, 19/VIII/10, p. 2., “quien con acierto postula una precisa limitación en cuanto a admitir como delitos previos sólo aquellos con capacidad para afectar el normal funcionamiento de los mecanismos superiores de la economía”.

[49] No obstante lo cual se puede notar un incremento en el número de procesamientos arribados anualmente: 2009 no hubo ni uno, en los años 2010 y 2011 hubo dos en cada año, y en el 2012 fueron 12 individuos procesados, en UIF, Informe de Gestión UIF 2012, <http://www.uif.gov.ar/uif/index.php/es/informe-de-gestion>, p. 61.

[50] Idem, p. 57.

[51] Referidas en las Notas 53 y 22, respectivamente.

[52] Cúneo Libarona, M. (h), El delito de lavado de dinero. La existencia de un delito previo y su prueba. Garantías constitucionales, Bs. As., Ad-Hoc, 2009.

[53] Considerando 34º del voto del Juez Losada, Tribunal Penal Económico N° 2, Acosta Aguilera y otro s/ contrabando y lavado de dinero, 27/6/2011.

[54] El inicio de dicho instrumento se adjudica a Bentham y a Beccaria, que lo utilizaron para criticar los sistemas penales de su época basando su análisis positivo en una concepción antropológica del hombre como ser racional y guiado por el propio interés y su análisis normativo en la teoría ética utilitarista. Quien impulsó, doscientos años más tarde, este modo de análisis fue Becker, Gary, Crime and Punishment: An economic approach, Stigler Ed., en Chicago Studies in Political Economy, University Chicago Press, Chicago-Londres, 1988, p. 537-592.

[55] Robbins, Lionel, An essay on the nature and significance of economic science, Macmillan and Co. Ed., 2 ed., Londres, 1935, p. 16.

[56] Tal como se dijera en dos oportunidades anteriores en este trabajo, basta con rever los dichos del titular de la AFIP, Sr. Echegaray, al momento de la sanción de la ley 26.683, para corroborar que el Estado argentino buscó perseguir a los evasores a través del aparato montado para prevenir el BdC.

[57] Jakobs, Günther, Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y Teoría de la Imputación, Marcial Pons, 2ª Ed., Madrid, 1997, p. 18.

[58] Idem, p. 18.

[59] “el pensamiento consecuencialista más extendido está siendo, en el ámbito del Derecho penal, el funcionalista, y no precisamente el del análisis económico”, Silva Sanchez, Jesús M., Eficiencia y derecho penal, ADPCP, España, 1996, p. 95.

[60] Becker, Gary, Crime and Punishment..., Op. cit., p. 545, en Ortiz de Urbina Gimeno, Iñigo, Análisis Económico del Derecho y Política Criminal, Revista de Derecho Penal y Criminología N° Extraordinario 2, España, 2005, p. 51.

[61] Cfr. Ortiz de Urbina Gimeno, Iñigo, Análisis Económico del Derecho, Op. cit., p. 53.

[62] Si bien es una crítica realizada a la teoría de la coacción psicológica de Fauerbach, por parte de Jakobs, puede aplicarse respecto de este postulado del AED sin más. Jakobs diría que el AED no tiene en cuenta el daño social de la conducta antijurídica a la hora de formular la ecuación de costo (pena) - beneficio/provecho potencial del autor. Si se tiene en cuenta el daño social a la hora de establecer las penas, entonces estas serían demasiado altas en relación al injusto, siendo incompatibles con el principio de proporcionalidad

exigido por el Derecho penal liberal. Con un ejemplo, suponiendo que la conducta antijurídica supone un beneficio mínimo para el autor pero ocasiona un daño social elevado, entonces la pena, para ejercer su capacidad preventiva en el sentido del AED, debe ser alta para añadir un costo adicional tal que haga desistir al autor potencial de realizarla. Esto puede justificar la imposición de sanciones demasiado elevadas en relación al injusto y hasta podría decirse que se utiliza al autor como un medio para evitar los daños sociales. Esto es, se le imponen penas más allá del disvalor de su conducta, dado que se tiene especial consideración del impacto social de la misma. Para un mayor análisis ver Jakobs, Günther, Derecho Penal..., Op. Cit., p. 27.

[63] “el pensamiento económico de la criminología, en efecto, no busca la respuesta a la pregunta acerca de por qué delinquen los hombres en condiciones de la personalidad o del ambiente, sino que trata de explicar la criminalidad como un comportamiento basado en la decisión racional que trata de maximizar el beneficio: tanto los hombres en general, como los delincuentes en particular, responden a incentivos en este sentido”, en Silva Sanchez, Jesús M., Eficiencia, Op. cit., p. 99.

[64] No nos detendremos aquí sobre la validez de esta premisa, para un análisis en profundidad ver: “se plantea un nuevo enfoque de política criminal, acrecentando el riesgo penal y para ello se eliminan todas las posibilidades de salida del proceso penal de que dispone en la actualidad el obligado. Así lo sostuvo el titular de la AFIP `Este proyecto de ley avanza firmemente en concretar algo que forma parte de una política de Estado: el traje a rayas para los evasores´”, en Zunino Suárez, Rodolfo G., Informe N° 27, Área Tributaria. Análisis del Proyecto de Reforma de la Ley Penal Tributaria y Previsional, Federación Argentina de Consejos Profesionales de Ciencias Económicas, Ed. Amalevi, Buenos Aires, 2012.

[65] “Los montos fijados definen la política criminal. La criminalización de los ilícitos tributarios tiene por objetivo impactar sobre las grandes unidades económicas, en el entendimiento de que merecen un castigo ejemplarizador y que retribuya al mayor daño que su inconducta fiscal causa al bien jurídico. Sin embargo, por el tiempo transcurrido desde la sanción de la actual ley 24.769 (13 años), la realidad dista de mostrar esa situación”, Idem, p. 34. Seguramente está marcada desproporción entre los procesos iniciados y el número de condenas efectivas, viene por no modificar (actualizar) los montos referidos en los distintos tipos de la LPT que, debido al paso del tiempo y la consecuente devaluación periódica del peso argentino, pasaron a ser exiguos. Cuestionándose en estos casos - aquellos que apenas superan el monto exigido por el tipo - la legitimidad de la intervención penal dado que no parecieran ser conductas que impliquen un mayor disvalor social.

[66] Schünemann, Bernd, “¿Ofrece la reforma del Derecho Penal económico alemán un modelo o un escarmiento?”, trad. Rodríguez Montañes, en Jornadas sobre la “Reforma del Derecho Penal en Alemania”, CGPJ, Madrid, 1991, p. 44.

[67] Ortiz de Urbina Gimeno, Iñigo, Análisis Económico, Op. cit., p. 57.

[68] Silva Sanchez, Jesús M., Eficiencia..., Op. cit., p. 115.

[69] Idem, p. 63.

[70] Bermejo, Mateo, Prevención y castigo del blanqueo, Op. cit., p. 153.

[71] Muñoz Conde, Francisco, La ideología de los delitos contra el orden socioeconómico en el Proyecto de Ley Orgánica del Código Penal, en Cuadernos de Política Criminal, N° 16, Instituto de Criminología, Madrid, 1982, p. 129.

[72] Catania, Alejandro, Régimen Penal Tributario. Estudio sobre la ley 24.769, Editores del Puerto, Argentina, 2007, p. 40

[73] Idem, p. 44.

[74] Ayala Gomez, Ignacio, El delito de defraudación tributaria: art. 349 del Código Penal,

- Civitas, Madrid, 1988, p. 114, en Catania, Alejandro, Régimen Penal, Op. cit., p. 44.
- [75] CNCP, Sala I, Amorena, Horacio, J., 17/11/95, Boletín de la Dirección General Impositiva N° 513.
- [76] Laporta, Mario H., Delito Fiscal. El hecho punible, determinación del comportamiento típico, Ed. B de F, Argentina, 2013, p. 175.
- [77] En igual sentido, realizando un análisis crítico respecto de la tendencia expansionista del derecho penal, socavando el principio de última ratio del derecho penal, Mir Puig, Estado, Pena y Delito, Ed. B de F, Barcelona, p. 81.
- [78] Ley 26.735, art. 16: El sujeto obligado que regularice espontáneamente su situación, dando cumplimiento a las obligaciones evadidas, quedará exento de responsabilidad penal siempre que su presentación no se produzca a raíz de una inspección iniciada, observación de parte de la repartición fiscalizadora o denunciada presentada, que se vincule directa o indirectamente con él.
- [79] Pastor, Daniel R., ¿Nuevas tareas para el principio ne bis in idem?, en La cultura penal, Homenaje al Profesor Edmundo S. Hendler, Anitua, Gabriel - Tedesco, Ignacio F., Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 2009, p. 498. Actualmente, con el bloque de constitucionalidad federal no hay dudas de que la citada garantía goza de protección por parte de la Carta Magna (art. 8° de la Convención Americana de Derechos Humanos; art. 14° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos). De la redacción de ambas normas contenidas en los citados instrumentos internacionales la garantía que impide la persecución penal múltiple operaría una vez que existe sentencia “firme”. Entre otros tantos, Corte Suprema de Justicia de la Nación, en autos Recurso de hecho deducido por el abogado defensor en la causa Ganra de Naumow, Ana María s/ sumario n° 22.231, 29/11/77, Fallos 299:221. Asimismo, la CIDH en “Loayza Tamayo vs. Perú”, del 17/09/1997, dijo que “este principio busca proteger los derechos de los individuos que han sido procesados por determinados hechos para que no vuelvan a ser enjuiciados por los mismos hechos”.
- [80] entre otros, el art. 301, inciso 1 del código penal español criminaliza como acción típica del delito de lavado por mera posesión, incluso por el mismo sujeto que desplegó el delito precedente, de los bienes provenientes de la acción subyacente, y el CP argentino en el art. 301, inc. 3°.
- [81] Así, entre otros muchísimos, CSJN, Fallos, 271:297, 274:487, 293:101, 302:1123.
- [82] Yacobucci, Guillermo J., El sentido de los principios penales..., Op. cit., p. 304.
- [83] Jakobs, Günther, Derecho Penal., Op. Cit., p. 13.
- [84] CSJN, Fallos, 319:1524.
- [85] www.cronista.com/contenidos/2011/09/26/noticia_0013.html.
- [86] Para librarse del reproche el inculpado deberá probar que “no tuvo la posibilidad real y efectiva de comprender el carácter antijurídico de su conducta” (Fallos, 316: 1318 y 319: 1524).
- [87] Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico, Sala B, BBVA Banco Francés S.A. y otros s/ infracción ley 24.144, 21/12/2012, AR/JUR/71765/2012.
- [88] Zaffaroni, Eugenio, Alagia, Alejandro y Slokar, Alejandro, Derecho Penal. Parte General, Ediar, Buenos Aires, 2000., p. 110.
- [89] Zaffaroni, Eugenio, Derecho Penal..., Op. cit., p. 123.
- [90] Al considerar como prototipo del delito acumulativo al delito de defraudación tributaria y tomando una postura legitimante respecto de la intervención en esa área, aunque no se compruebe la lesividad en el caso concreto, Silva ha dicho que “una sola defraudación tributaria, aunque sea de más de 15 millones de peseta (...) no pone en peligro el bien jurídico representado por el proceso de redistribución de la renta, etc. Lo peligroso sería aquí el efecto sumativo. Luego entonces no es la conducta individual la lesiva, sino su acumulación y globalización. Desde perspectivas de lesividad concreta, no hay base para la

intervención penal, aunque el significado global, sectorial del género de conductas puede justificar claramente la intervención del Derecho administrativo”, Silva Sánchez, Jesús María, La expansión..., Op. cit., p. 106.

[91] En el mejor de los casos, puede interpretarse a la punibilidad de los bienes jurídicos colectivos como un adelantamiento de protección de aquellos individuales. Digo bien, en el mejor de los casos, puesto que hay quienes creen que la tipificación de delitos que protegen a bienes jurídicos colectivos, muchas veces, tiene como fin marcar una posición político-criminal del Estado respecto de ciertas conductas que cree disvaliosas, prescindiendo de la faz instrumental del Derecho penal. Para un estudio en profundidad, ver Hassemer, Winfried, Derecho penal simbólico y protección de Bienes Jurídicos, en Pena y Estado, Ed. Promociones y Publicaciones Universitarias, España, 1991, p. 23 - 36.

[92] Mir Puig, Estado..., Op. cit., p. 81 y sig.

[93] Damarco, en El delito de lavado de activos y su relación con algunos aspectos fiscales, en Doctrina 1999-2004, tomo I, p. 1103, de la Asociación Argentina de Estudios Fiscales.

[94] Díaz, Vicente O., El sustrato del delito de lavado de dinero en sus antecedentes internacionales y sus pretendidas implicancias tributarias PET 2001-351, y en Aproximación primaria a las consecuencias penales y patrimoniales que se derivan de la ley de lavado de dinero y sus posibles implicancias tributarias, en IMP 2000-B-2331.

[95] Se reconoció la dificultad de dar pronunciamiento sobre la cuestión en la opinión de la Comisión de Derecho Penal Tributario de la Asociación Argentina de Estudios Fiscales, en "La evasión fiscal y la ley 25.246 de encubrimiento y lavado de activos", publicado en Anales de la A.A.E.F., 2000-2002, pág. 139.

[96] Dacobo, Jorge J., La aplicación de los principios y normas penales al Derecho Administrativo Disciplinario, Jurisprudencia Argentina, 1996-IV, Sección Doctrina, p. 785 a 792.

[97] D´Albora, Francisco (h), Lavado de Dinero y delito tributario, NDP, 2001/A, p. 9.

[98] Sancinetti, Marcelo, Por qué razón y en qué medida la defraudación tributaria puede ser "hecho previo" del delito de lavado de dinero, Eldial.com, Suplemento de Derecho Penal, Biblioteca Jurídica Online, 14/7/2008.

[99] Mutual Evaluation..., Op. cit.

[100] Por la posibilidad de que el bien sobre el que opera el lavado sea subrogante del bien proveniente del delito subyacente, o de una ganancia generada a partir de este.

[101] Este entendimiento parece confirmarse ya que, por ejemplo, el ánimo de lucro -del que puede derivar el lucro efectivo, consistente en la obtención del bien "proveniente" del delito- recibe punición autónoma en los casos en que no estuviera previsto (art. 22 bis del CP).

[102] Blanco Cordero, Isidoro, El delito fiscal como actividad delictiva previa del blanqueo de capitales, en Revista electrónica de Ciencias Penales y Criminología, 13-2011.

[103] Tan es así que algunos penalistas se preguntan en qué medida la incorporación del bien delictual, en particular para el caso del dinero como bien fungible por excelencia, "contamina" o no todo el patrimonio de quien lo incorpora. Esto es, como se individualiza si la porción del patrimonio que se aplica a una operación de transformación es la misma -y si es típicamente necesario que lo sea- que aquella que proviene del delito. Cuestión, que como dejáramos planteada en la introducción, no abordaremos en el presente.

[104] García Prieto, Horacio D., Niegan que el lavado pueda aplicarse a la evasión, Ámbito Financiero del 20/4/01, citado por Durrieu (h.), El delito de lavado de dinero en la Argentina, Bs. As., 2006, p. 129.

[105] Díaz, Vicente O., Op. cit. en primer término.

[106] CNCP, Sala III, González Edgar G. y otros s/ rec. casación, 24/5/06.

[107] Blanco Cordero, Isidoro, El delito fiscal como actividad delictiva..., Op. cit., p. 21.

[108] Laporta, Mario, <http://penaleconomico.blogspot.com.ar/2011/10/puede-la-evasion-fiscal-ser-ilicito.html>.

[109] Definido como “el conjunto de bienes y posiciones económicamente valorables de una persona, pero que, además, gocen de protección jurídica. Sólo el patrimonio entendido en sentido amplio, esto es, como la suma de relaciones jurídico-patrimoniales susceptibles de valoración económica, es apto para aglutinar en su seno los diferentes objetos jurídicos de las figuras delictivas agrupadas en el título” en Donna, Edgardo A., Derecho Penal. Parte Especial, Tomo II-B, 3ª Ed., Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2007, p. 12.

[110] D´Alessio, Andrés, Código Penal Comentado y Anotado. Parte Especial - arts. 79 a 306, La Ley, Buenos Aires, 2004, p. 928.

[111] Código Penal Alemán, § 261 Lavado de dinero; ocultamiento de bienes mal habidos: (1) Quien oculte una cosa, encubra su origen, o impida o ponga en peligro la investigación del origen, del descubrimiento, del comiso, la confiscación, o el aseguramiento de un tal objeto, que provenga de un hecho antijurídico mencionado en la frase 2, será castigado con pena privativa de la libertad hasta cinco años o con multa. Hechos antijurídicos en el sentido de la frase 1 son: 3. (...) cuando el autor actúe profesionalmente según el § 374 de la Ley general tributaria.

(...) El primer párrafo se aplicará en los casos de defraudación fiscal cometidos profesionalmente o de forma organizada (en banda), según el § 370 del Código tributario, respecto a los gastos ahorrados por la defraudación fiscal y las compensaciones y devoluciones de impuestos obtenidos indebidamente, así como en los casos del segundo inciso del párrafo 3, también respecto de los bienes por los que se hayan defraudado impuestos. (9) Por lavado de dinero no será castigado según los incisos 1 a 5, quien: De conformidad con los incisos 1 a 5 no será castigado quien es punible a causa de participación en el hecho previo.

[112] Blanco Cordero, Isidoro, Los Tributos Defraudados como Objeto Material del Delito de Lavado de Activos: Análisis, Gaceta Penal y Procesal Penal, Ed. Gaceta Jurídica S.A., 17/03/2011, Madrid, p. 167.

[113] Idem, p. 168.

[114] El modelo del fraude funciona del modo siguiente: una empresa llamada sociedad instrumental (A) efectúa un suministro intracomunitario de bienes exento a un operador carrusel (B) en otro Estado miembro. Este operador (B) adquiere bienes sin pagar el IVA y posteriormente realiza un suministro nacional a un tercer operador (C) llamado agente. El operador carrusel carga el IVA en sus ventas al «agente», pero no lo paga al fisco y desaparece. Entonces (C) reclama una devolución del IVA sobre sus compras a B. Por lo tanto, la pérdida financiera de la administración tributaria es igual al IVA pagado por C a B. Posteriormente, la empresa C puede declarar un suministro intracomunitario exento a la empresa (A) y, a su vez, (A) puede efectuar un suministro intracomunitario exento a (B) y se reanuda el ciclo de fraude, lo que explica el término fraude carrusel, en http://ec.europa.eu/translation/bulletins/puntoycoma/88/pyc884_es.htm.

[115] Campos Navas, Daniel, “Lavado de dinero y delito fiscal. La posibilidad de que el delito fiscal sea precedente al de blanqueo”, La Ley XXVI, n° 6383, 21/12/2005, p. 6.

[116] Blanco Cordero, Isidoro, El blanqueo de capitales..., op. cit., p.416, en similar sentido Zamorano, S, El delito fiscal como antecedente del delito de blanqueo de capitales: ¿principio o fin de la polémica?, en legaltoday.com, 23 de marzo de 2012.

[117] de los respectivos Informes sobre el Anteproyecto de Ley de Prevención del Blanqueo de Capitales y del Financiamiento del Terrorismo, realizado por el Consejo Fiscal el 28 de septiembre de 2009, p. 4, y por el Consejo General del Poder Judicial, el 29 de septiembre de 2009, p. 63.

[118] Choclan Montalvo, J. A., “¿Puede el delito fiscal ser precedente del delito de

blanqueo de capitales?”, en Boletín del ilustre Colegio de Abogados de Madrid, n° 37, 2007, p. 335; Luzón Campos, Enrique, Blanqueo de cuotas defraudadas y la paradoja de McFly, en La Ley, n° 7.818, 14/03/2012, p.1; entre otros.

[119] Luzón Campos, Enrique, Blanqueo de cuotas..., Op. cit., p. 3.

[120] Idem, p. 3.

[121] Así, quien mejor expresa esta postura es Bacigalupo, Enrique, Sobre el concurso de delito fiscal y blanqueo de dinero, Civitas Thompson Reuters, 1° Ed., 2012, p. 17 y sig.

[122] Idem, p. 21.

[123] Campos Navas, Daniel, Lavado de dinero y delito fiscal..., Op. cit., p. 10.

[124] No importa para los fines de la presente, los criterios utilizados para determinar la unidad o pluralidad de acciones. Ver Zaffaroni, Eugenio, Derecho Penal..., Op. cit., p. 821: “la unidad de la acción se determina atendiendo a dos factores: el final y el jurídico, es decir que la unidad de acción requiere el factor final como fundamental y primario dato óntico, pero no se contenta con este (...) cuando se trata de una pluralidad de movimientos es necesario apelar a un factor normativo que diga cuándo una única resolución que da un sentido final a varios movimientos puede ser revelada como una unidad por el tipo. Respetando los límites ónticos, el criterio de delimitación para la determinación de la consideración unitaria de varios movimientos voluntarios vinculados por el factor final es tarea que incumbe a los tipos penales, debiendo extraerse del sentido de los respectivos tipos penales en cuestión”.

[125] En el proyecto de 1941, el Dr. Peco, bajo la denominación “concurso aparente de leyes”, aceptó la vigencia del principio de especialidad; pero en la exposición de motivos dejó sentado que consideraba también los de subsidiaridad y consunción. El proyecto de 1960 del Dr. Soler, en su art. 82, contempló las tres reglas, al igual que el art. 84 del proyecto de 1973. El esquema se repitió en el proyecto de 1979. en el art. 82 refería “que se presuponen normalmente ejecutados antes o después del hecho definido por una figura legal”; los mismos deben ser interpretados como actos preparatorios o de agotamiento.

[126] Zaffaroni, Eugenio, Derecho Penal..., Op. cit., p. 830.

[127] Idem, p. 832.

[128] Cfr. Jescheck, Hans-Heinrich, Tratado de derecho penal, parte general, Editorial Comares, 5ª Ed., Granada, 2002, p. 792.

[129] Cfr. Soler, Sebastián, Derecho penal..., Op. cit., p. 181.

[130] Jescheck, Hans-Heinrich, Tratado..., Op. cit., p. 793.

[131] Maurach, Reinhert, Tratado de Derecho penal, 2 vol., Ed. Astrea, Barcelona, 1962, p. 588.

[132] Llerena, Patricia, “El delito de lavado de dinero” en “Combate al lavado de dinero en los sistemas judiciales”, CICAD/OEA-SEDRONAR, 2002, p. 73.

[133] Bacigalupo, Enrique, Sobre el concurso de delito fiscal..., Op. cit., p. 32.

[134] Ver nota al pie número 5.

[135] Córdoba, Fernando, ¿Se puede castigar..., Op. cit., p. 238.