

## DIRECTORES

**Gustavo Darío Meirovich - Rafael Berruezo**

# ILÍCITOS ECONÓMICOS Y EVIDENCIA DIGITAL

## COORDINADORES

**Marcelo Peluzzi - María Amelia Expucci - María Alejandra Méndez**

## AUTORES

Miguel Abel Souto - Humberto Ayala Herrera - Federico Eisenberg -  
María Eugenia Escobar Bravo - José M. Fernández Zacur - Agustina Fiori -  
Patricia Gallo - Manuel Guanes Nicoli - Cristina Guisasola Lerma - Fabio  
Joffre Calasich - Facundo Nicolás Laico - María Alejandra Méndez -  
Fernando Navarro Cardoso - Ricardo Preda Del Puerto - Juan María  
Rodríguez Estévez - Diego Salamea Carpio - Marcos A. Sequeira - Percy  
André Sota Sánchez - Gregorio Schumacher - Milagros Stoddart - Héctor  
Guillermo Vidal Albarracín



# **ILÍCITOS ECONÓMICOS Y EVIDENCIA DIGITAL**

## **Directores**

Gustavo Darío Meirovich  
Rafael Berruezo

## **Coordinadores**

Marcelo Peluzzi  
María Amelia Expucci  
María Alejandra Méndez

2022

Las posturas doctrinarias expresadas en los artículos aquí incluidos son de exclusiva responsabilidad de sus autores y autoras y no necesariamente reflejan los puntos de vista de la Editorial, la Dirección, la Coordinación ni del Comité Editorial.

Se prohíbe la reproducción total o parcial de esta obra sin la autorización expresa.

IJ International Legal Group  
Lavalle 1115 - PB, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina

# ÍNDICE

## **PREFACIO**

Marcelo Gallo Tagle

## **PRÓLOGO**

Gustavo Darío Meirovich

Rafael Berruezo

## **LA COMISIÓN DEL DELITO DE BLANQUEO DE DINERO MEDIANTE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS**

Prof. Dr. Dr. h. c. mult. Miguel Abel Souto

## **AUTORÍA MEDIATA, DOMINIO DE ORGANIZACIÓN Y SU APLICACIÓN EN EL ÁMBITO DE LA CRIMINALIDAD EMPRESARIAL**

Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Humberto Ayala Herrera

I. Introducción

II. Los Orígenes, la propuesta de Claus Roxin

III. La Autoría Mediata por Dominio de la Organización.

A. La estructura jerárquica de la organización (El poder de mando).

B. La fungibilidad del ejecutor inmediato.

C. La actuación del aparato organizado de poder al margen de la legalidad.

D. La elevada disponibilidad al hecho del ejecutor

IV. Posición Personal: Viabilidad de la aplicación de la Autoría Mediata por dominio de organización en la criminalidad empresarial

V. ¿Poder de mando de los dirigentes de la empresa?

¿Fungibilidad de los ejecutores en la criminalidad empresarial?

¿Disponibilidad incondicional para realizar el hecho por parte de los ejecutores en el ámbito de la delincuencia empresarial?

¿Las organizaciones empresariales se encuentran desvinculadas del ordenamiento jurídico?

VI. Conclusiones

**COMENTARIOS AL PROYECTO DE  
MODIFICACIÓN DE LEGISLACIÓN  
VIGENTE EN MATERIA DE PREVENCIÓN  
Y REPRESIÓN DEL LAVADO DE ACTIVOS  
Y FINANCIAMIENTO DEL TERRORISMO**

Federico Eisenberg

Gregorio Schumacher

I. Introducción

II. La tipificación actual de los delitos de lavado de activos (303), terrorismo (41 quinquies) y del financiamiento del terrorismo (306)

III. La propuesta de modificación de los delitos de terrorismo (41 quinquies), lavado de activos (303) y financiamiento del terrorismo (306)

IV. Conclusiones

**EL DELITO FISCAL, LA DEFRAUDACIÓN  
TRIBUTARIA Y LA ACTIVIDAD  
DELICTIVA PRECEDENTE DEL LAVADO  
DE DINERO EN ALEMANIA**

María Eugenia Escobar Bravo

I. Introducción

II. El tipo objetivo del lavado de dinero

2.1. El catálogo de delitos precedentes

2.2. Delitos antecedentes exclusión de la pena

2.3. Delitos antecedentes cometidos en el extranjero

2.4. La relación de la conducta de ocultar, disimular el origen delictivo, como delito antecedente

III. El delito de defraudación fiscal y el delito fiscal como delitos precedentes al lavado de dinero. Consecuencias de la reforma del § 261 StGB

3.1. La defraudación tributaria y el delito fiscal como objeto material del lavado de dinero

3.2. La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Saarbrücken respecto a Lavado de dinero y evasión fiscal, de 26 de mayo de 2021, 4 Ws 53/21

IV. Los asesores fiscales, abogados defensores y la nueva calificación del § 261 (4) y (5) StGB y otros cambios en el tipo de lavado de dinero

V. Autolavado

VI. Conclusiones

**¿ES PUNIBLE EL AUTOLAVADO SEGÚN LA LEGISLACIÓN PARAGUAYA? ESPECIAL REFERENCIA A LA EVASIÓN**

## **DE IMPUESTOS COMO ILÍCITO PRECEDENTE**

José M. Fernández Zacur

## **EL LAVADO DE ACTIVOS Y LA EXPLOTACIÓN LABORAL: CONDUCTAS ILÍCITAS EN EL MARCO DE LA PRODUCCIÓN TEXTIL**

Patricia Gallo

- I. Introducción a la problemática de la explotación laboral en la industria textil
- II. La transformación de la industria textil
- III. Responsabilidad penal del titular de la marca
- IV. Responsabilidad penal del empresario por la explotación laboral
- V. Responsabilidad penal del empresario por el delito de lavado de activos
  - 5.1 Introducción
  - 5.2 El delito precedente
  - 5.3 Estructura típica del lavado de activos
  - 5.4 Consideraciones Finales

## **EL CONTROL JURISDICCIONAL DE LA INTERVENCIÓN DE LAS**



# **COMUNICACIONES TELEFÓNICAS.** **ESPECIAL REFERENCIA A LA** **LEGISLACIÓN PARAGUAYA**

Manuel Guanes Nicoli

I. Introducción

II. Autorización judicial y excepciones

III. Presupuestos

IV. El Control Jurisdiccional

V. Alcance del control

VI. Resumen

## **BLANQUEO Y OBRAS DE ARTE**

Cristina Guisasola Lerma

I. Vulnerabilidades y riesgos penales del mercado del arte y antigüedades. Especial atención al criptoarte.

II. Las directivas europeas en materia de prevención del blanqueo y el sector del comercio del arte como sujeto obligado

III. El blanqueo de capitales en el Código Penal Español (art. 301 y ss CP). Propuesta de una agravación específica vinculada a la adquisición de bienes culturales

IV. Criminal compliance en el sector del mercado del arte

# **CRIPTO CRIMINALIDAD. NFT'S, DEX'S, CROSS CHAIN BRIDGES, NUEVOS DATOS E INNOVACIONES EN LA TECNOLOGÍA BLOCKCHAIN DE USO CRIMINAL**

**Dr. Phd. Fabio Joffre Calasich**

**I. Consideraciones generales**

**II. Impacto del uso criminal de cripto activos en cuanto a delitos de lavado de dinero, estafas, ransomware y compras de la Darkweb**

**III. Incidencia del cripto crimen en volúmenes, tipos de delitos, negocios mas comprometidos**

**IV. Innovaciones de la blockchain con posible uso criminal**

**4.1 Non Fungible Tokens (NFT's) o Tokens no fungibles**

**4.2 Decentralized exchangers (DEXs) o intercambiadores descentralizados**

**4.3 Cross chain bridges o puentes inter-cadena**

**V. Conclusiones**

## **LOS DESAFÍOS DE LA NUEVA ERA: LA PARTICIPACIÓN DEL *TRADER* EN OPERACIONES CON MONEDAS DIGITALES**

**Facundo Nicolás Laico**

Agustina Fiori

I. Introducción

II. Consideraciones preliminares y presentación del caso

III. Análisis desde la perspectiva del lavado de activos

IV. ¿Es correcto afirmar que la operación pretendió brindar apariencia lícita al dinero obtenido ilegalmente?

V. Tipo penal subyacente

V. Reflexiones finales

**EL LAVADO DE ACTIVOS**

**PROVENIENTES DE DELITOS**

**AMBIENTALES. BIEN JURÍDICO**

**PENALMENTE TUTELADO. DESAFÍOS**

**PROBATORIOS**

María Alejandra Méndez

**BLOCKCHAIN, SMART CONTRACT Y**

**COMPLIANCE: ANOTACIONES PARA EL**

**DERECHO PENAL Y PROCESAL DE LA**

**PERSONA JURÍDICA**

Fernando Navarro Cardoso

I. Cuestiones preliminares

II. Observaciones desde la cadena de bloques (BLOCKCHAIN)

III. Observaciones desde los contratos inteligentes (SMART CONTRACTS)

IV. Observaciones sobre los programas de cumplimiento (COMPLIANCE PROGRAMS)

V. Ejemplos de implementación

VI. A modo de conclusiones

## **LA TIPIFICACIÓN DEL LAVADO DE ACTIVOS EN EL PARAGUAY. UN ANÁLISIS DEL ART. 196 DEL CÓDIGO PENAL**

Ricardo Preda Del Puerto

I. Introducción

II. La aparición del Lavado de dinero en la legislación paraguaya

III. Análisis del artículo 196 del Código Penal Paraguayo

1. Aspectos generales

2. Bien Jurídico Protegido

3. Tipo objetivo

3.1 El objeto material del LA

3.1.1 Objeto, en sentido estricto

3.1.2 Hecho precedente o subyacente

3.1.3 Proveniente

3.2 Las conductas previstas

3.2.1 Convirtiera

3.2.2 Ocultara

3.2.3 Disimulara

3.2.4 Frustrara

3.2.5 Peligrara

3.2.6 Obtuviera

3.2.7. Transfiriera

3.2.8. Proporcionara a un tercero

3.2.9 Guardara

3.2.10 Utilizara

4. Tipo subjetivo

IV. Recomendaciones de GAFILAT y su análisis

V. Consideraciones finales

## **EL REPROCHE PENAL CORPORATIVO A LAS EMPRESAS EN LA ARGENTINA**

Juan María Rodríguez Estévez

I. Puntos de partida

II. El principio de culpabilidad y su impacto en la responsabilidad penal de las personas jurídicas

III. Modelos de imputación penal a la empresa

IV. El modelo de imputación de responsabilidad penal en el Régimen penal empresario argentino  
V. Conclusión

**LA SEGURIDAD HUMANA COMO  
POLÍTICA DE ESTADO**

Diego Salamea Carpio

**ALCANCES DE LAS INVESTIGACIONES  
TRIBUTARIAS COMO ILÍCITO  
PRECEDENTE EN EL MARCO DE LA  
IMPUTACIÓN OBJETIVA**

Marcos Alberto Sequeira

I. Prólogo

II. Agradecimiento

III. Introducción

IV. La investigación tributaria

V. La teoría de la imputación objetiva

VI. El delito de lavado de activos

VII. El delito tributario como delito precedente del delito de lavado de activos

VIII. Conclusiones

**LA ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD  
PENAL A LAS PERSONAS JURÍDICAS**

**DERIVADA DE OPERACIONES DE M&A.**  
**RELEVANCIA DEL *DUE DILIGENCE* DE**  
**COMPLIANCE PENAL EN LA LEY**  
**PERUANA N° 30424**

Percy André Sota Sánchez

I. Introducción

II. Contexto en el que se introdujo la Ley N° 30424 al ordenamiento jurídico peruano.

III. Criterios de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas en la Ley N° 30424

3.1. ¿Responsabilidad penal o administrativa?

3.2. El Compliance en el sistema de imputación de responsabilidad penal de las personas jurídicas, según la Ley N° 30424.

IV. Ubicación del *Compliance* en la atribución de responsabilidad penal de las personas jurídicas.

V. Imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas en las operaciones de M&A en el Perú.

VI. ¿Cómo opera la transferencia de responsabilidad penal en las operaciones de M&A?

VII. Finalidad político criminal de la transferencia de responsabilidad.

VIII. ¿Traslado automática de la responsabilidad penal: signos de un sistema vicarial?

IX. *Due Diligence de Compliance* Penal para evitar la transferencia automática de responsabilidad penal de las personas jurídicas en operaciones de M&A.

X. Críticas contra la cláusula de transferencia de responsabilidad penal de las personas jurídicas.

XI. Conclusiones

## **EL DELITO DE RECEPCIÓN INTERMEDIA PREVISTO EN EL ART. 303 INC. 3 Y SU VINCULACIÓN CON EL CONTRABANDO DE DIVISAS Y DE SUSTANCIAS ESTUPEFACIENTES.**

### **REFLEXIONES EN TORNO A UN CASO**

Milagros Stoddart

I. Los antecedentes del caso en análisis

II. La necesidad de la “ultraintencionalidad” de emplear el dinero de procedencia ilícita en alguna de las acciones enumeradas en el inc. 1 del artículo 303 del Código Penal de la Nación

III. Conclusiones en torno a la figura de receptación intermedia del artículo 303 inc. 3º del Código Penal.



**LAVADO DE ACTIVOS. ASPECTOS  
GENERALES**

**Héctor Guillermo Vidal Albarracín**

## **PREFACIO**

Marcelo Gallo Tagle\*

Los ilícitos económicos han adquirido en las últimas décadas y, sobre todo, en los últimos años, una dimensión y expansión sin precedentes.

La complejidad de la criminalidad económica ha interpelado a la doctrina y ha colocado a quienes aplicamos el derecho en el rol o la función que sea, en una posición en la que nos obliga a abordar el fenómeno de manera interdisciplinaria, actualizando los conocimientos jurídicos, y repensando las bases fundantes y principios del derecho bajo el prisma de las nuevas tecnologías.

El esfuerzo internacional, jurídico y político criminal para responder desde una perspectiva global al fenómeno criminal que ocupa a esta obra, conlleva a los operadores del derecho a la permanente tarea de estar actualizados, a indagar y a abordar esferas del conocimiento que, hasta entonces, no se habían presentado como desafíos a asumir y que hoy, resultan indispensables para conocer en profundidad y seriedad la peculiaridad de estos ilícitos, contribuyendo con los distintos actores que componen el sistema de prevención y lucha contra esta clase de conductas.

El proyecto editorial tiene por objetivo producir una publicación que ofrezca un enfoque dogmático y práctico a través del abordaje de las modalidades delictivas que se presentan mediante el uso de nuevas tecnologías y la

aparición de nuevos mercados, lo que ha sido ilustrado por el profuso conocimiento aportado por los autores que nos acompañan desde distintas latitudes: Argentina, Bolivia, Ecuador, España, México, Paraguay y Perú.

Como presidente de esta AMFJN no puedo dejar de felicitar a los doctores Rafael Berruezo y Gustavo Darío Meirovich, quienes han dirigido esta obra, concretando y dejando plasmadas ideas sobre un tema de tanta actualidad.

A la coordinación que ha estado a cargo del doctor Marcelo Peluzzi y de las doctoras María Amelia Expucci y María Alejandra Méndez quienes han colaborado, como lo hacen a diario en la vida asociativa, para que esta obra pueda concretarse. En especial, quiero agradecer a la doctora Méndez su compromiso y dedicación a lo largo de el proceso de confección de la esta obra.

A todos los integrantes de la Comisión de Revista y Biblioteca por generar espacios de concreción de proyectos de tanta utilidad como este nuevo libro titulado *“Ilícitos económicos y evidencia digital”*, por la seriedad con la que trabajan, el espíritu de equipo que prima en cada actividad y por la mirada amplia e integradora que los guía.

A IJ Editores por acompañarnos en todos los desafíos que encaramos, por su seriedad, asesoramiento y eficiencia.

Y, por supuesto, a los verdaderos protagonistas de esta obra: sus autores y autoras, que nos honran con su vasta trayectoria en la materia, la solidez de sus formaciones académicas y su desinteresada colaboración en el proyecto. A ellos, reitero, mi más sincero agradecimiento.

Con abordajes diversos y miradas internacionales, esta obra nos acerca un análisis profundo y novedoso sobre una problemática criminal compleja, que involucra múltiples aristas y que ha merecido la atención de la comunidad jurídica internacional.

Los invito, ahora sí, a compartir juntos estas páginas.

## PRÓLOGO

Gustavo Darío Meirovich\*

Rafael Berruezo\*\*

Hace unos pocos meses atrás, la Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia Nacional, aceptó con gran interés la propuesta para publicar el libro *“Ilícitos Económicos y Evidencia Digital”*.

En aquella propuesta que hoy presentamos se incluyen las disertaciones de los profesores que se desempeñaron en el dictado del Curso de actualización vinculado al *“Lavado de dinero y evidencia digital”*, organizado por la AMFJN y la AIDPEE, en formato anual.

La propuesta, entonces, había sido tratada por las autoridades de la Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia Nacional, y el compromiso estaba sellado. El desafío estaba en marcha. No se trataba de una intervención académica más sino de una apuesta mucho mayor.

El cuerpo de profesores -en su mayoría- confirmó su presencia en el libro, una propuesta que resultaba ser el testimonio directo de su paso -virtual o algunos en forma presencial- por sendas jornadas anuales.

Recordemos que una de las consecuencias directas de la pandemia resultaba de la incidencia directa por la desarticulación tradicional en el vínculo académico. En nuestro caso la organización virtual en el dictado de los contenidos de cada panel, en su gran mayoría, estaba a

cargo de profesores españoles, bolivianos, paraguayos, del Perú, de México, Alemania y nacionales como de Córdoba y San Luis, siendo ellos los que durante casi dos años pudieron mantener su intervención en los cursos de grado, posgrado y demás estudios académicos, en una forma inusual, a la que estos prestigiosos profesores estaban acostumbrados. El aula y los asistentes. Su tutoría. Los encuentros internacionales en cada rincón del mundo y el producto final que era la capacitación e intervención mediante la actualización de los conocimientos específicos en la materia, se había desacoplado de su forma tradicional.

Volver de la variante virtual, reimpuso acomodarse en la forma clásica pero parcialmente, una vez que un gran porcentaje de los países empezamos a transitar el principio de la post pandemia, la cual aún no finalizó.

En este evento anual, se ha comprobado que los inscriptos han preferido, por el momento, su asistencia virtual a pesar de la posibilidad presencial.

Pero la publicación del libro "*Ilícitos Económicos y Evidencia Digital*" y su precedente curso anual tiene su correlato en el correr del año 2018/19 y en el marco de las visitas de profesores extranjeros a la Argentina, convocados para iniciar diferentes encuentros académicos, los cuales se relacionaron con cuestiones que hacen a la actualidad en ilícitos económicos, y allí comenzó la génesis de una fluida proyección en el ámbito del intercambio y la capacitación.

Profesores de gran talla, habían participado de diversos eventos entre los cuales Magistrados y Funcionarios del Poder Judicial habían iniciado su rol de anfitriones en la Argentina.

Los catedráticos integraban a la vez la Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia Nacional y la Asociación Iberoamericana de Derecho Penal Económico y de la Empresa, esta última constituida con el fin de

profundizar aspectos en la capacitación y actualización en temas Penales Económicos y de Empresa.

En esos días, tuvo lugar la firma del acuerdo marco entre los presidentes de ambas instituciones María Lilia Gómez Alonso de Díaz Cordero y Miguel Abel Souto, a partir de ese encuentro y hasta el día de hoy los resultados han sido el reflejo de diferentes logros, no solo a nivel académico, sino también en la predisposición que han tenido los profesores que por dos veces consecutivas, han aportado - en su disertaciones- una gran contribución, honrándose dicho Convenio.

En específico, la Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia Nacional, con sede en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, y la Asociación Iberoamericana de Derecho Penal Económico y de la Empresa, creada en la ciudad de Santa Cruz de la Sierra, Estado Plurinacional de Bolivia, se comprometieron a impulsar el desarrollo de la cooperación cultural, educativa y comunitaria entre sus respectivas instituciones, a través de la expansión de sus acciones, logrando optimizar la labor que llevan a cabo. En lo referente a la gestión de esta última, cabe recordar que el presidente Miguel Abel Souto, se desempeña cumpliendo su rol desde Santiago de Compostela, España, como su Vice-presidente, Rafael Berruezo, desde la Provincia de San Luis, en Argentina. Sus vocales internacionales Fernandez Zacur, Yery Torico Rojas, Rodríguez Estévez, Sota y yo, cada uno desde nuestros países. Además, cuenta con una red de whatsapp internacional de 73 participantes, profesores y académicos de Europa y américa. Cuenta su vez con su pagina web [Asociación ,Iberoamericana de Derecho Penal Económico y de la Empresa - AIDPEE](#) la cual es descriptiva de sus miembros, actividades y autoridades.

Ambas reconocen la importancia que ha cobrado en la región el derecho penal económico y empresarial, por lo que se comprometieron a promover la realización de acciones de cooperación directa entre ellas, en las áreas de

docencia, investigación, práctica profesional, extensión universitaria y comunitaria, a fin de lograr la ejecución mancomunada de propuestas y acciones que contribuyan al cumplimiento de sus objetivos institucionales y que favorezcan el desarrollo de las comunidades en que se encuentran insertas.

Siguiendo el contenido del acuerdo nos encontramos que en miras a generar resultados en los proyectos, investigaciones u otras actividades, el producido se tuvo en cuenta -por ambas partes- para que conjuntamente se utilicen -en el caso que nos ocupa- y sobre las tareas desarrolladas, para ser publicados en común. Conforme a ello, y en ese mismo marco, ambas asociaciones entendieron que para este segundo ciclo y como corolario de la mayoría de las conclusiones de los paneles, replicándose en la edición de un libro, podría consagrar esta etapa entre los dos cursos.

Ese Convenio tendría una duración de dos años, y con gran satisfacción hoy en día vemos que aún no se han agotado las expectativas en el trabajo en común entre ambas asociaciones.

En dicha inteligencia tuvo lugar el primer ciclo anual celebrado durante el año 2018/19. Los diferentes paneles de expertos en la materia fueron convocados en mérito a la indiscutida trayectoria de los profesores en Europa y América Latina, siendo también de su interés estar presentes en la Argentina y dejar sus consideraciones en las aristas que serían tratadas en los sucesivos paneles. Así fue que en esos tiempos de modalidad presencial, y cuando aún nadie se imaginaba que nos tendríamos que adaptar a la virtualidad total en pandemia, y perder el contacto directo de los disertantes, se logró un marcado éxito respecto a los objetivos. Al menos en el primer ciclo se pudo contar con la participación de Profesores Nacionales y Extranjeros, quienes disertaron en la sede de AMFJN siendo, además, los que -sin preverlo- posibilitaron la creación de un Foro que luego tuvo como correlato la

proyección del segundo ciclo que ha culminado hace unos días.

Pero como se dijo, para que ello sucediera tuvimos que sobrepasar la pandemia y con dichos alcances esperar a proyectar, nuevamente, una segunda versión sin que la virtualidad sea aquella que desnaturalice la esencia de los fines de estos encuentros, por lo que se pensó en el sistema mixto, post pandemia en Argentina.

Este híbrido entonces, fue el eje de esta nueva versión y tuvo como fundamento la propuesta de estas nuevas jornadas mensuales a lo largo de este año 2022. Pero al parecer la virtualidad habría predominado en los asistentes a este nuevo ciclo y con ello -quizás-, un nuevo paradigma en la relación entablada entre disertante y asistente.

Por segunda vez el convenio marco entre Magistrados y Funcionarios del Poder Judicial de la Nación y la Asociación Iberoamericana de Derecho Penal Económico y de la Empresa, volvió a articularse llegando a un caudal de inscriptos que superaban los 300 cupos.

Nuevamente los Profesores Extranjeros y Nacionales volvieron a disertar en este foro académico.

En definitiva, el proyecto inicial ya había tenido su arraigo y dejaba para los organizadores del proyecto una señal clara y certera de continuidad la que desembocó finalmente en el proyecto de edición del libro aquí aludido pero también fue el cimiento para empezar con el impulso y diseño de una Diplomatura en ilícitos económicos. Sin solución de continuidad durante 6 meses ese proyecto nuevamente fue receptado por las autoridades de la asociación argentina, y el pasado 11 de agosto del corriente año, y con las autoridades de la Universidad Católica de San Luis se firmó en esa provincia el convenio marco para iniciar en el año 2023, la Diplomatura, que nuevamente será una oportunidad para que Jueces, Defensores y Fiscales, asociados a esta Institución, puedan capacitarse y actualizarse en diferentes temas que hacen a la problemática en la investigación de los ilícitos económicos.



La publicación del libro nos encuentra, entonces, en un momento trascendente y superador del proyecto inicial. No será una publicación más, sino el fundamento para una nueva etapa que el año entrante será iniciada con un alto grado de expectativa.

Pero ahora y con más claridad se puede dar razón del qué: de la trascendencia del libro.

En las próximas páginas se encontrará el lector con diferentes temas que hacen a la materia en lo penal económico, empresa y evidencia digital. Los autores nos posibilitarán su visión actual en cuestiones como la asistencia internacional, investigación y organización a cargo de Oficinas especializadas de la órbita del Ministerio Público Fiscal, la visión e importancia de las normas que hacen a materias como los delitos precedentes al lavado de dinero. De ello podremos aproximarnos al contrabando, evasión impositiva, cuestiones criminológicas que diferencian a los sujetos de estos ilícitos en comparación a los tradicionales. No abundaremos en más detalles en consideración a que los autores son los encargados de reeditar sus disertaciones.

Sin perjuicio de la anunciada autolimitación nos permitimos dar una visión como directores del libro, honor que la autoridad de AMFJN nos han conferido, especialmente Marcelo Gallo Tagle y Marcelo Peluzzi, contando con la colaboración permanente de María Amelia Expucci y María Alejandra Méndez y todo el equipo de la Comisión de Revista y Biblioteca, agradeciendo también a la Mesa Directiva de dicha institución que aprobó esta iniciativa. También va nuestro agradecimiento a IJ Editores por sumarse a este desafío colectivo.

Digamos que a lo largo de la carrera judicial<sup>[1]</sup>, la cual puede conocer las diferentes miradas -en el Fuero en lo Penal Económico- y ángulos desde un eje rector: el interés que despierta el trabajo en equipo. Claro que ello no solamente resultaba de la organización interna de una Fiscalía, Defensoría o Juzgado en la Instrucción y sus

diferentes roles, sino que también el factor externo de esa organización y su impacto en otros actores, tanto en los auxiliares para la prevención e investigación, como aquellos que mantenían roles en la acusación y defensa<sup>[2]</sup>.

Se puede materializar objetivos y finalidades para la dirección de una Instrucción en la tramitación penal de causas cuyo objeto siempre se presentaban con un marco complejo, no solamente el planteamiento para profundizar una hipótesis, sino para encontrar una bitácora en la adquisición de la prueba.

Recordemos que, en Argentina, en lo que hace a la materia procesal y para las investigaciones a nivel Federal, para la jurisdicción y competencia de ilícitos que estén alcanzados para el fuero en lo Penal Económico, aún rige el concepto de Juez de Instrucción. Es decir, aún no ha llegado el acusatorio pleno a esta jurisdicción.

Se entiende que por la complejidad en las investigaciones y la alta capacitación que deben tener los integrantes de un Juzgado de Instrucción, en estas materias, el trabajo en equipo de una dependencia no solamente debe ser una definición.

El juez debe trabajar en conjunto y no ser únicamente un generador de órdenes. Es decir, cualquier orden y avance procesal que el juez decida en una investigación procesal para iniciar su camino en la progresividad de los actos procesales, deberá estar dado no solo por su sentido común, experiencia y capacidad, sino por el trabajo con los diferentes protagonistas del proceso.

No nos referimos solamente al lugar que debe ocupar un Juez como cabeza de una investigación, por su decisión jurisdiccional, sino como aquél que gestiona los recursos humanos del Juzgado para que sus colaboradores puedan activar su vocación y responsabilidad frente a la tarea que deben realizar. La investigación criminal, no es una labor estandarizada, pero necesita de protocolos concretos. Uno de ellos es el trabajo en equipo.

Digamos que una orden judicial para con los investigadores policiales resulta institucionalmente correcta, pero ello no asegura que haya una certera comunicación apropiada. Esa comunicación deberá estar acompañada por la articulación en comunicación real con los destinatarios de esa orden judicial.

El Juez y su equipo, tendrán ese desafío. De lo contrario la maximización de la hipótesis mantenida por el Juez y sus colaboradores entrará, posiblemente, en una suerte de interpretación de ese destinatario policial, por ej. y el resultado lo veremos definitivamente cuando la producción de esa medida se eleva e incorpora a la investigación.

Lo mismo en ese "*in put*" en referencia al equipo de trabajo del Juzgado. Nadie descarta un protocolo para la actividad del trabajo, pero si ello se acompaña en la presencia del Juez, el diálogo con los destinatarios del protocolo para realizar un proyecto determinado, seguramente trasuntará -esa comunicación- y será trascendental en los resultados obtenidos.

Por otra parte, y en referencia a las investigaciones llevadas en ilícitos económicos, el juez debe iniciar una amigable relación con la virtualidad, y sus efectos en materia de evidencia digital. Especialmente, aquellos que no somos jóvenes y hemos vivido el paso de la máquina de escribir y el corrector, con la presencia de la hoja en carbónico, hace ya más de 35 años, para luego recibir a las "AT y XT", hoy hacer gala de la experiencia para aquellos que se incorporan a los equipos judiciales sin haber abierto un sobre, o tenido en sus manos un casete, o haberse peleado con los cables de los antiguos teléfonos grises o verdes cuando se enredaban. Estamos asistiendo a la era digital y virtual.

Ellos ya saben entrar al sistema, entienden los Bitcoin en forma natural y mantienen con lo abstracto una relación diferente a nuestra generación.

Pero si de algo sirve nuestra experiencia es en lo académico, en las categorías de la teoría de la imputación

penal, en la lectura de un libro de varios prestigiosos catedráticos, que hoy ya no nos acompañan.

La síntesis de ello es la comunicación entre ambas realidades.

El producto de ello, impactara en la investigación penal aunando dos mundos.

Aún y pese la diferencia hay valores como la dedicación, vocación, capacitación y actualización que no deben cambiar para sus operadores.

Por otro lado, desde el punto de vista de los colegas que ejercen la profesión en la defensa o querrela, esta actividad es de suma importancia, ya que permite conocer de los distintos profesores las nuevas ideas con distintas visiones, desde los jueces y fiscales y de los que están del otro lado de la barandilla.

Esta posibilidad de contar con profesores que ejercen la defensa es muy enriquecedora porque permite analizar un mismo hecho desde dos visiones opuestas y así cada cursante pudo sacar sus propias conclusiones.

Como ya se ha dicho, el mundo está en constante cambio y estos cambios afectan también al derecho y en particular al Derecho Penal Económico, que se ve influenciado directamente con los avances tecnológicos, lo que implica nuestro compromiso en actualizarnos en los temas reseñados.

Creemos que la posibilidad de brindar actualización en la capacitación de Jueces, Fiscales, Defensores, Secretarios y Empleados los cuales son importantes actores de la vida Judicial argentina, es una gran oportunidad que hemos tenido desde nuestros diferentes lugares que nos toca (uno como juez y otro como abogado), pero ambos desde la aplicación del Derecho Penal y Procesal, con un abordaje académico.

Finalmente, y como cualquier proyecto que se desee materializar, nuestro agradecimiento a los coordinadores Generales de ambos cursos anuales, y como se dijo, a los

prestigiosos académicos que se han sumado a las propuestas.

# LA COMISIÓN DEL DELITO DE BLANQUEO DE DINERO MEDIANTE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS\*

Prof. Dr. Dr. h. c. mult. Miguel Abel Souto\*\*

Es necesario evitar los peligros que implica la utilización de las nuevas tecnologías en la comisión del delito de blanqueo, los cuales exigen una actualización constante de las investigaciones. En este sentido la Directiva 2018/1673, sobre el combate contra el blanqueo mediante el Derecho penal<sup>[3]</sup>, advierte de que “el uso de monedas virtuales presenta nuevos riesgos y desafíos desde la perspectiva de lucha contra el blanqueo”<sup>[4]</sup>, pero ya unos años antes la Directiva 2015/849, o cuarta Directiva<sup>[5]</sup>, exigía “adaptaciones rápidas y continuas del marco jurídico”<sup>[6]</sup> para responder a las amenazas del uso de las nuevas tecnologías en el blanqueo y también la Directiva 2018/843<sup>[7]</sup>, o quinta Directiva, insiste en la “necesidad de adaptarse a las nuevas amenazas”<sup>[8]</sup> y de modificar la Directiva de 2015. En la misma línea el informe que la Comisión debía presentar como muy tarde el 11 de enero de 2022 sobre aplicación de la Directiva 2018/843 tenía que incidir en los problemas emergentes y nuevas tendencias e incluir propuestas sobre monedas virtuales, la creación de una base de datos central para las identidades y direcciones de monedero electrónico de los usuarios accesibles para las Unidades de Inteligencia Financiera y

los formularios de autodeclaración de los usuarios de monedas virtuales<sup>[9]</sup>. En suma, las nuevas tecnologías precisan “la presencia de un permanente y detallado soporte jurídico”<sup>[10]</sup>. A estas innovaciones “el legislador europeo ha estado muy atento”<sup>[11]</sup> y las normativas internas han sido obligadas a un “constante proceso de adaptación a los estándares internacionales”<sup>[12]</sup>.

En este marco entran en juego las *Fintech*<sup>[13]</sup>, acrónimo de las palabras *Finance* y *Technology* con el que se alude a las empresas que utilizan en los negocios financieros las nuevas tecnologías, como las aplicaciones de teléfonos móviles o los sistemas *big data* de manera que gestionan riesgos, seguros, transacciones o criptomonedas, conceden préstamos o llevan a cabo *crowdfunding* y hasta elaboran programas de *compliance*<sup>[14]</sup>.

El blanqueo de dinero constituye un “delito de globalización”<sup>[15]</sup>, cuya importancia en la actualidad resulta trascendental debido a la profunda crisis económica que padecemos, agravada por el COVID-19<sup>[16]</sup>, pues el blanqueo lesiona o pone en peligro, además de la Administración de Justicia, el tráfico legal económico y financiero<sup>[17]</sup>, y las organizaciones criminales, caracterizadas por una creciente naturaleza transnacional, con sus actividades ilegales cada vez debilitan más la economía<sup>[18]</sup> y penetran en el sistema financiero, las haciendas públicas o servicios aduaneros a causa de su vulnerabilidad<sup>[19]</sup>. Ya hace más de dos décadas que PIETH reconoció que las innovaciones tecnológicas facilitan de un modo decisivo la internacionalización, entre las que tienen especial interés las nuevas posibilidades de comunicación y con ellas la intensificación de los flujos financieros e informativos<sup>[20]</sup>. Las relaciones sociales y jurídicas han sido transformadas mediante la informática y las telecomunicaciones<sup>[21]</sup> en la denominada “sociedad de la información”. Asimismo, los cambios se suceden a una “velocidad vertiginosa”<sup>[22]</sup> en el mundo de las tecnologías de la información y la comunicación, lo que genera una “obsolescencia

fugacísima”<sup>[23]</sup>, y el ciberespacio se encuentra en una permanente revolución que incrementa el ámbito de oportunidades delictivas<sup>[24]</sup>. Si a ello se le une la “globalización de mercados y economías”<sup>[25]</sup> resulta que “la internacionalización del sector financiero no solo ha traído las ventajas de la celeridad y de la seguridad en las transacciones financieras, sino que desgraciadamente también ha mejorado las modalidades y la expansión del blanqueo de dinero”<sup>[26]</sup>, porque la movilidad, informatización y *desregulación* han abierto un campo ideal de actuación para los delincuentes económicos en general, sobre todo mientras el Derecho penal siga organizándose nacionalmente<sup>[27]</sup>.

En efecto, se ha señalado que “uno de los delitos que más se ha beneficiado de *internet* es el blanqueo”<sup>[28]</sup>, “generalizado y radicalizado”<sup>[29]</sup> por los nuevos medios electrónicos, con un desarrollo “espectacular”<sup>[30]</sup> gracias al potencial ejecutivo que le ofrecen *internet* y las transferencias electrónicas<sup>[31]</sup>. El creciente uso de los nuevos métodos de pago ha producido, con sus transacciones y movimientos de fondos, un incremento en la detección de casos de blanqueo cometidos utilizando medios telemáticos<sup>[32]</sup>, ya que el atractivo que presentan las nuevas tecnologías para los blanqueadores surge, principalmente, del anonimato<sup>[33]</sup>, “la eficiencia”<sup>[34]</sup>, la alta negociabilidad y utilidad de los fondos así como del acceso global por la red de cajeros automáticos<sup>[35]</sup>, factores a los que habría que añadir los problemas de persecución<sup>[36]</sup> y prueba, por falta de competencia, medios y hasta capacitación, dificultades de detección, lugar comisivo, prescripción, ley aplicable, distanciamiento geográfico, cooperación policial y judicial<sup>[37]</sup>, ante los que la Administración de Justicia no puede “fossilizarse como un paquidermo pleistocénico”<sup>[38]</sup> y que requieren nuevos métodos de investigación que mantengan un delicado equilibrio entre seguridad y derechos fundamentales<sup>[39]</sup>. En cualquier caso, para evitar el abuso por la criminalidad



organizada de las insuficiencias legales en las nuevas tecnologías<sup>[40]</sup>, *internet* no puede ser un “ámbito ajeno al derecho”<sup>[41]</sup>, sino que debe ser regulado<sup>[42]</sup>.

Ciertamente los nuevos sistemas de pago facilitan a los blanqueadores su actividad criminal, pues son mejores que el dinero en efectivo para trasladar grandes cantidades pecuniarias; la velocidad de las transacciones dificulta el control de los bienes o su posible congelación; las relaciones de negocios no presenciales favorecen la utilización de testaferreros e identidades falsas y la ausencia de riesgo crediticio, al existir normalmente un prepago, desincentiva que los proveedores de servicios obtengan una completa y precisa información sobre los clientes o la naturaleza de las relaciones comerciales<sup>[43]</sup>, proveedores que suelen utilizar una “débil tecnología”<sup>[44]</sup>.

No obstante, el desarrollo de las tecnologías, entre ellas *internet*, ha implicado incuestionables ventajas<sup>[45]</sup>, “un auténtico cambio en los modos de relación administrativa, educativa, laboral o social”<sup>[46]</sup>, la seguridad criptográfica, la trazabilidad de la cadena de bloques, la elaboración de perfiles de usuarios<sup>[47]</sup> y hasta facilita<sup>[48]</sup>, mediante recursos *online*, la verificación de la identidad u otros deberes de diligencia para la prevención del blanqueo<sup>[49]</sup>, como en las empresas *Fintech* mediante sistemas *big data* y aplicaciones informáticas<sup>[50]</sup>, incluso se habla de *Rechtech* o gestión tecnológica del cumplimiento con la regulación<sup>[51]</sup> con “la visualización de datos, la cadena en bloques y la inteligencia artificial”<sup>[52]</sup>. Así, la Directiva 2018/843 pone de manifiesto que “los últimos avances técnicos en la digitalización de las transacciones y los pagos permiten una identificación remota o electrónica segura”<sup>[53]</sup>. Los nuevos métodos de pago, además de una respuesta reciente al fraude en *internet* y al mantenimiento en la privacidad de las compras<sup>[54]</sup>, son fruto de la necesidad mercantil de ofrecer alternativas a los servicios financieros tradicionales, de no excluir a nadie del sistema por mala calificación crediticia, edad o residencia en zonas de escasa

oferta bancaria y pueden tener un efecto positivo sobre la economía, dada su eficiencia en términos de rapidez de las transacciones, seguridad tecnológica, bajos costes comparados con los instrumentos de pago basados en el papel y accesibilidad, especialmente de las tarjetas prepago y los servicios de pago con teléfonos móviles, identificados como una posible herramienta para integrar a los excluidos por razones de pobreza<sup>[55]</sup>, “un método de inclusión financiera y social para personas con dificultades para bancarizarse”<sup>[56]</sup>, especialmente en un momento de incremento de comisiones por mantenimiento de cuentas<sup>[57]</sup>, una forma de “acercar a todos”<sup>[58]</sup> los servicios financieros, métodos alternativos que suponen “una relevante mejora”<sup>[59]</sup> de las condiciones de vida cuya regulación debe evitar limitaciones desproporcionadas en “perjuicio de los grupos sociales más vulnerables”<sup>[60]</sup>.

A modo de ejemplo, Estados Unidos “distribuyó 137.000.000.000 dólares mediante tarjetas de prepago en 2018”<sup>[61]</sup>, sobre todo en programas de asistencia alimentaria, pagos de la seguridad social, desempleo y asistencia juvenil<sup>[62]</sup>, incrementando un uso no nuevo, pues ya hace más de una década que se enfrentó al problema de cuatro millones de personas que recibían subsidios de la seguridad social y carecían de cuentas bancarias; para reducir su dependencia respecto a los cheques, que obligaba a los menos favorecidos a gastar entre 50 y 60 dólares mensuales en el cambio de cheques, pago de facturas o envío de dinero a familiares, se les suministraron las prestaciones mediante tarjetas de prepago con las que podían comprar bienes u obtener dinero en efectivo. Por otra parte, en Pakistán la guerra desplazó, en 2009, a más de un millón de personas y su gobierno distribuyó tarjetas de prepago con un valor máximo de 25.000 rupias, unos 300 dólares, de manera que proporcionó asistencia inmediata a casi 300.000 familias. Igualmente, en Afganistán se pagó a la policía mediante teléfonos móviles

con el fin de evitar tanto el abandono del puesto de trabajo para cobrar el salario como la corrupción y el cohecho<sup>[63]</sup>.

En el mismo sentido la Directiva 2018/843 reconoce la “indiscutible utilidad”<sup>[64]</sup> de las tarjetas de prepago de uso múltiple al contribuir “a la inclusión social y financiera”<sup>[65]</sup>, pero advierte de los peligros de las tarjetas de prepago anónimas<sup>[66]</sup>.

Frente a los clientes anónimos incluso los nuevos métodos de pago ofrecen a las autoridades más pistas que el dinero en efectivo, porque siempre generan un registro electrónico que puede suministrar la dirección de IP<sup>[67]</sup>, los lugares de pago, transferencia o retirada de fondos y hasta la localización e identificación del sospechoso de blanqueo mediante cámaras de vigilancia ubicadas en el sitio en el que se utilizó el producto<sup>[68]</sup>, aunque sigue siendo más compleja la identificación en el mundo digital que en el real<sup>[69]</sup> debido a “diversas técnicas de ingeniería informática que permiten ocultar la identidad o suplantarla”<sup>[70]</sup>, y se ha cuestionado la utilidad de las huellas electrónicas en la medida en que la dirección de IP puede falsificarse, llevar a zonas problemáticas o cibercafés en que la videovigilancia no existe<sup>[71]</sup>, hay *tumblers* o mezcladores de múltiples direcciones que garantizan el anonimato<sup>[72]</sup>, las redes *wifi* permiten accesos desde sitios abiertos, hay proveedores de servicios gratuitos que no exigen identificación, sistemas que admiten el envío de correos electrónicos anónimos y robots que impiden reconocer al usuario<sup>[73]</sup>, con lo que “el ciberespacio puede seguir siendo un ámbito para la intercomunicación anónima”<sup>[74]</sup> gracias a mecanismos de navegación del tipo TOR o *The Onion Router*<sup>[75]</sup>.

El GAFI ya en 1996 se preocupó por las nuevas tecnologías en la 13<sup>a</sup> de sus recomendaciones, porque suponen un peligro para el blanqueo<sup>[76]</sup> al permitir la realización de enormes transacciones instantáneamente, desde lugares remotos, guardando el anonimato y sin la implicación de instituciones financieras tradicionales<sup>[77]</sup>. La

ausencia de intermediación financiera dificulta la identificación de clientes y el registro de información<sup>[78]</sup>. Además, las técnicas de investigación tradicionales devienen poco efectivas u obsoletas ante las nuevas tecnologías: el problema que presentaba para los blanqueadores el volumen físico del dinero —hasta el punto de abandonar el papel moneda porque no podían moverlo con suficiente rapidez— se minimiza con el “dinero electrónico”; su rápida movilidad, especialmente en *internet*, dificulta seguir el rastro de los fondos transferidos y el desacostumbrado volumen de datos a analizar casi imposibilita la detección de actividades sospechosas<sup>[79]</sup>.

Téngase en cuenta que hace 40 años *internet* no existía<sup>[80]</sup>. Sin embargo, década y media más tarde se acordó el cierre en Antigua del *European Union Bank*<sup>[81]</sup>, famoso por ser el primer banco que operaba a través de *internet*<sup>[82]</sup>, cuya publicidad en la *web* se destinaba a los defraudadores fiscales y a los blanqueadores de dinero<sup>[83]</sup>. En 2012 casi tres cuartas partes de los hogares de la Unión Europea contaban con acceso a *internet*, más de un tercio de la población realizaba operaciones bancarias en línea<sup>[84]</sup> y en el mundo se habían alcanzado 2.267 millones de usuarios de *internet*<sup>[85]</sup>, cifra que en la actualidad ya se ha duplicado debido al COVID<sup>[86]</sup> hasta llegar a los 4.600 millones, el 59’5% de la población mundial<sup>[87]</sup>.

Precisamente por ello el GAFI elaboró, el 13 de octubre de 2006, un informe sobre nuevos métodos de pago, entre cuyas conclusiones figuraba la necesidad de su actualización en dos años<sup>[88]</sup>, y otro documento, el 18 de junio de 2008, relativo a las vulnerabilidades de las *webs* comerciales y los sistemas de pago en *internet* contra el blanqueo y la financiación del terrorismo<sup>[89]</sup>. Posteriormente, en octubre de 2010, se redactó otro informe<sup>[90]</sup> sobre el uso de los nuevos métodos de pago para el blanqueo de dinero<sup>[91]</sup> en el que se estudiaron, primeramente, las tarjetas de prepago, reguladas y supervisadas en todas las jurisdicciones que contestaron al

cuestionario que se les presentó, con proveedores de servicios, en 34 de los 37 países analizados, en los que el número de usuarios pasó, desde 2004 hasta 2008, de 107'6 a 275'28 millones y utilizadas por el 17% de los estadounidenses que, según las estimaciones, se harían con el 53% del mercado mundial en 2017<sup>[92]</sup> y respecto a las que en 2018 su uso en Estados Unidos se incrementó un 9'6% sobre el año anterior<sup>[93]</sup>. Entre los casos detectados figuraban supuestos de blanqueo de productos obtenidos mediante la venta ilegal en líneas de esteroides, pagados con tarjetas de prepago, asuntos relacionados con el juego ilícito, narcotráfico, financiación del terrorismo<sup>[94]</sup> y otras actividades delictivas<sup>[95]</sup>. Hoy en día el uso de las tarjetas de prepago para el blanqueo “es una tendencia en alza”<sup>[96]</sup>, con ofertas en *internet* de tarjetas de prepago anónimas de ciclo abierto sin límites de carga, microblanqueos a través de cientos de pequeñas transacciones, mulas de tarjetas, su adquisición masiva y posterior venta u ofertas de tarjetas de prepago de la banca *offshore* para extraer después los fondos en cajeros de cualquier país<sup>[97]</sup>.

La Directiva 2018/843 advierte de que las tarjetas de prepago anónimas facilitan la financiación del terrorismo<sup>[98]</sup>, por lo que rebaja los importes para autorizar a las entidades obligadas “a no aplicar alguna de las medidas de diligencia debida”<sup>[99]</sup> de 250 a 150 euros en los instrumentos de pago que tienen “un límite máximo mensual para transacciones”<sup>[100]</sup> o un “máximo almacenado electrónicamente”<sup>[101]</sup> y de 100 a 50 euros en los reembolsos o retirada en efectivo, a los que se añaden las operaciones remotas de pago según el artículo 4.6 de la Directiva 2015/2366<sup>[102]</sup>. Estos umbrales y medidas no solo afectan a la “libertad de empresa”<sup>[103]</sup> por el “impacto en los agentes económicos”<sup>[104]</sup>, sino que resultan desproporcionados<sup>[105]</sup> al implicar un procesamiento invasivo de datos personales de los consumidores, aceptable en la lucha contra el terrorismo pero no en la prevención del blanqueo, que puede excluir a los más

desfavorecidos del sistema financiero formal y conducirlos a alternativas más baratas, de confianza y culturalmente próximas, aunque carentes de sistemas adecuados de control<sup>[106]</sup>. Igualmente, la Directiva 2018/843 exige que las tarjetas de prepago anónimas emitidas fuera de la Unión Europea únicamente puedan utilizarse en ella si “cumplen requisitos equivalentes a los establecidos en el Derecho de la Unión”<sup>[107]</sup>, obligación de trasponer el artículo 12.3 de la Directiva que fue cumplida por el legislador español con el Real decreto-ley 7/2021, lo que supuso la primera mención expresa a las tarjetas de prepago, mas con elipsis de la preposición “de”, en Ley 10/2010 sobre prevención del blanqueo<sup>[108]</sup>: “Las entidades financieras que actúen como adquirentes solo aceptarán pagos efectuados con tarjetas prepago anónimas emitidas en países fuera de España cuando esas tarjetas cumplan con los umbrales y requisitos establecidos en el artículo 12 de la Directiva (UE) 2015/849”<sup>[109]</sup>. La exigencia de que las tarjetas de prepago anónimas no europeas cumplan con los mismos requisitos de la Directiva para poder ser utilizadas en la Unión deriva de “la globalización económica”<sup>[110]</sup>, pues el dinero y las tarjetas cruzan las fronteras y “no se limitan a un área geográfica determinanda”<sup>[111]</sup>.

En segundo término, el citado informe del GAFI de 2010 analizó los servicios de pago en *internet*<sup>[112]</sup>, de crecimiento constante<sup>[113]</sup>, y su empleo abusivo para la ejecución del denominado “ciberblanqueo”<sup>[114]</sup>, también vinculado a la financiación del terrorismo<sup>[115]</sup>. El pago por *internet* se encontraba regulado y sometido a supervisión en la mayoría de las jurisdicciones, aunque no en todas, y 17 de los 37 países que contestaron al cuestionario del estudio contaban entonces con proveedores de este servicio<sup>[116]</sup>, los cuales desempeñan un papel fundamental para prevenir el blanqueo<sup>[117]</sup>. En los últimos años el cibercrimen se ha desarrollado rápidamente gracias a los mercados *online*, en los que prolifera el robo de credenciales (*phishing*), vendidas en línea, por delincuentes especializados que no

serán los usuarios finales<sup>[118]</sup>, y tanto la suplantación de identidad<sup>[119]</sup> como su falsificación constituyen una de las principales fórmulas utilizadas para blanquear dinero a través de *internet*<sup>[120]</sup>. De hecho, se ha evolucionado desde la “carta nigeriana”, así llamada porque correos electrónicos no solicitados procedentes de África se originaron mayoritariamente en Nigeria, consistente en un mero envío de un mensaje electrónico, hasta las más sofisticadas actividades criminales por medio de *internet* basadas en la falsificación de documentos, el robo de identidad y el blanqueo de dinero<sup>[121]</sup>. Así, se han detectado casos de utilización de los servicios de pago en *internet* para blanquear las ganancias de la propaganda racista prohibida, de la venta de cosas robadas en una *web* comercial, de la extorsión, de la venta *online* de productos falsificados, mediante vales de caja o bonos en efectivo, uso de una cuenta de moneda digital para recibir el producto de robos bancarios por *internet* de un socio extranjero o blanqueo de los beneficios derivados del tráfico prohibido de hormonas y esteroides<sup>[122]</sup>, entre otros casos<sup>[123]</sup>.

Recientemente, con la pandemia del COVID-19 se han incrementado los “ciberdelitos”, especialmente las estafas de productos médicos necesarios para combatirla y otras estafas *online*<sup>[124]</sup>, porque los criminales tienen que buscar a sus víctimas en el ciberespacio al no encontrarlas ya en la calle, y los gobiernos tienen que distribuir enormes sumas de dinero para hacer frente a la pandemia con procedimientos rápidos y flexibles “que implican un gran riesgo de corrupción”<sup>[125]</sup>. La mayoría de los beneficios de estos delitos se blanquean<sup>[126]</sup>. También aumentaron con el COVID-19 las ofertas de trabajo a potenciales blanqueadores, dolosos o imprudentes, mediante correos electrónicos que prometen un fácil trabajo en casa facilitando una cuenta bancaria para hacer transferencias o ayudando a supuestas asociaciones filantrópicas, huérfanas de países del tercer mundo o desamparadas viudas millonarias a administrar su dinero<sup>[127]</sup>.

En tercer lugar, el documento del GAFI de 2010 abordó los pagos con teléfonos móviles, también regulados y supervisados en la mayoría de las naciones, aunque no en todas, con proveedores en 16 de los 37 países analizados<sup>[128]</sup> en ese momento. Igualmente, los servicios de pagos con móviles estaban experimentando un incremento constante, de manera que en 2015 se preveía que 1.400 millones de personas utilizarían para enviar dinero sus teléfonos móviles<sup>[129]</sup>, previsiones que en 2020 se habían duplicado<sup>[130]</sup>. Sin embargo, hasta entonces únicamente se habían detectado en este sector tres casos que podrían estar relacionados con el blanqueo, dos en Filipinas, vinculados a estafas, y uno en las Islas Caimán, sobre venta de créditos telefónicos robados, bien sea debido a que el volumen y valor de las transacciones todavía era muy pequeño, o bien por los bajos límites máximos de operaciones admitidas o tal vez porque los proveedores y las fuerzas del orden público no estaban familiarizados con la tecnología para descubrir sus empleos abusivos o por el poco éxito del negocio, en aquel momento, para los proveedores, dado su escaso margen de beneficios y las necesidades de conseguir un gran número de clientes para obtener ganancias y de superar tanto obstáculos tecnológicos como de seguridad con el fin de ganar su confianza o debido a las regulaciones prudenciales de la materia y las normativas antiblanqueo<sup>[131]</sup>. Sin embargo, el COVID ha afectado en muchos países al control total de la población mediante los teléfonos móviles para vigilar las prohibiciones de movimientos y aproximación, un control total que también pretende utilizarse en las investigaciones sobre blanqueo para lograr mayor eficacia. No obstante, el control total puede llevarnos al mundo de las telepantallas orwellianas, a un futuro que ORWELL describió en su obra *1984*, de “una bota aplastando, incesantemente, el rostro humano”<sup>[132]</sup>.

Posteriormente, las nuevas recomendaciones revisadas del GAFI, que se presentaron el 16 de febrero de 2012,



hicieron referencia, en la 15ª, a que los países y las entidades financieras deberían identificar y evaluar los riesgos que para el blanqueo de dinero entrañan las nuevas tecnologías y también se ocupaba, en la 16ª, de las transferencias electrónicas y la identificación tanto de sus ordenantes como beneficiarios<sup>[133]</sup>, recomendación sobre la que existe una nota interpretativa en la que se admite la fijación por los países de umbrales mínimos no superiores a 1.000 euros para relajar las obligaciones informativas, que se incrementan en el caso de transferencias cualificadas al exceder tales límites<sup>[134]</sup>. Precisamente, para atenuar las exigencias identificativas, durante la elaboración de recomendación 16ª, se había sustituido el término “plena”, que calificaba a la información, por “exigida” y en las transferencias cualificadas por su cuantía los requisitos relativos a la dirección del ordenante, el número nacional de identidad, el número de identificación del cliente y la fecha y lugar de nacimiento se habían transformado en alternativos mediante la conjunción disyuntiva “o”<sup>[135]</sup>.

Después, en junio de 2013 el GAFI presentó una guía con un enfoque basado en el riesgo para las tarjetas de prepago, los pagos con móviles y los servicios de pago en *internet*<sup>[136]</sup>, en junio de 2014 elaboró otro informe sobre monedas virtuales<sup>[137]</sup>, en junio de 2015 publicó unas directrices para un enfoque basado en el riesgo respecto a las monedas virtuales<sup>[138]</sup>, en octubre de 2018 modificó la recomendación 15 para aclarar cómo se aplican sus estándares a las actividades u operaciones con activos virtuales<sup>[139]</sup> y en junio de 2019 aprobó una nota interpretativa a la recomendación 15<sup>[140]</sup>, para que las empresas que operan con criptomonedas recopilen y compartan datos de sus clientes en las operaciones superiores a 1.000 euros o dólares, con lo que surgen preocupaciones sobre si la tecnología *blockchain* tendrá que reestructurarse o si se incrementarán los costes de las criptomonedas<sup>[141]</sup> con esta traslación de deberes públicos a los particulares<sup>[142]</sup>.

En esta línea la Directiva 2018/843 amplía el ámbito de aplicación de la Directiva 2015/849 para detectar actividades sospechosas a los proveedores de servicios de cambio de monedas virtuales por monedas fiduciarias y a los proveedores de servicios de custodia de monederos electrónicos<sup>[143]</sup>, incorporación de “nuevos sujetos obligados”<sup>[144]</sup> que constituye “una medida fundamental”<sup>[145]</sup> para combatir el blanqueo de dinero y la financiación del terrorismo.

Tanto las monedas virtuales, entre las que destaca el *bitcoin*<sup>[146]</sup> aunque existen más de 6.000<sup>[147]</sup>, como los proveedores de servicios de custodia de monederos electrónicos se definen en los nuevos apartados 18 y 19 del artículo 3 de la Directiva, la cual advierte de que no deben confundirse<sup>[148]</sup> las monedas virtuales con el dinero electrónico, ni con las monedas de juegos, ni con las locales<sup>[149]</sup>.

Es relativamente fácil regular el intercambio de criptomonedas en los proveedores que cambian monedas de curso legal por digitales o viceversa<sup>[150]</sup> para controlar al cliente en la vuelta al mundo real o al intentar escaparse de él; sin embargo, en los proveedores de custodia de monederos electrónicos únicamente se tiene en cuenta la puesta a disposición de un servidor para alojar las claves del usuario y custodiar los fondos almacenados en el monedero electrónico o “billeteras calientes”, pero no las “frías” o “programas de *hardware* o *software*, que permiten al usuario almacenar sus claves fuera de línea o con aplicaciones descargables”<sup>[151]</sup>, con lo que los intercambios de virtual a virtual, que suponen un evidente riesgo para el blanqueo, quedan al margen de la normativa europea<sup>[152]</sup>.

De otro lado, la Directiva no se aplica a los proveedores de activos virtuales, criptoactivos o *tokens*, que no son monedas virtuales<sup>[153]</sup>, de manera que permite “nuevas oportunidades para el blanqueo de ganancias con posible financiación de actividades ilícitas”<sup>[154]</sup>, por lo que debería ampliarse, según recomendó el GAFI, a los activos

virtuales<sup>[155]</sup> para abarcar la participación y promoción de ofertas iniciales de moneda, los intercambios “entre activos virtuales y monedas nacionales como actividad del mercado primario”<sup>[156]</sup> y entre criptomonedas o *tokens* como actividad del mercado secundario y la transferencia, liquidación, custodia o administración de activos virtuales<sup>[157]</sup>.

Ciertamente el legislador español podría haber ido más allá del mínimo exigido por la Directiva 2018/843 para alcanzar los *tokens* de utilidad, que permiten el acceso a un producto, o de inversión, que habilitan la propiedad<sup>[158]</sup>, siguiendo al GAFI, en su noción de activos virtuales como “representación digital de valor que puede ser negociado o transferido digitalmente y que puede utilizarse como medio de pago o de inversión”<sup>[159]</sup>, pero ha perdido su oportunidad al mostrarse secuaz del legislador europeo en la modificación de la Ley 10/2010 sobre prevención del blanqueo<sup>[160]</sup> operada por el Real decreto-ley 7/2021, de 27 de abril<sup>[161]</sup>, tanto en la definición de moneda virtual o “representación digital de valor no emitida ni garantizada por un banco central o autoridad pública, no necesariamente asociada a una moneda legalmente establecida y que no posee estatuto jurídico de moneda o dinero, pero que es aceptada como medio de cambio y puede ser transferida, almacenada o negociada electrónicamente”<sup>[162]</sup>, como en el concepto de proveedores de servicios de custodia de monederos electrónicos o “personas físicas o entidades de prestan servicios de salvaguardia o custodia de claves criptográficas privadas en nombre de sus clientes para la tenencia, el almacenamiento o la transferencia de monedas virtuales”<sup>[163]</sup>, y entiende el cambio de moneda virtual por fiduciaria del siguiente modo: “la compra y venta de monedas virtuales mediante la entrega o recepción de euros o cualquier otra moneda extranjera de curso legal o dinero electrónico aceptado como medio de pago en el país en el que ha sido emitido”<sup>[164]</sup>.

También modifica el Real decreto-ley 7/2021, en el apartado 1 del artículo 2 de la Ley 10/2010 sobre prevención del blanqueo, las letras b), h), k), l), m) y r) y añade la z), que se refiere a “los proveedores de servicios de cambio de moneda virtual por moneda fiduciaria y de custodia de monederos electrónicos”, con lo que el legislador agota todas las letras del abecedario en el amplísimo catálogo de sujetos obligados, además de reformar el apartado 4 del artículo 2.

Por último, el Real decreto-ley 7/2021 incorpora una disposición adicional segunda a la Ley 10/2010, la cual “crea”<sup>[165]</sup> el registro en el que deben inscribirse los proveedores de servicios de cambio de moneda virtual por moneda fiduciaria y de custodia de monederos electrónicos.

Con todo, la Directiva 2018/843 es consciente de su debilidad, pues “no evita el anonimato”<sup>[166]</sup>, al mantenerse “en gran parte del entorno de la moneda virtual”<sup>[167]</sup>, ya que “los usuarios pueden llevar a cabo transacciones al margen”<sup>[168]</sup> de los proveedores de servicios con intermediarios con servidores fuera de la Unión Europea<sup>[169]</sup>, por lo que las Unidades de Inteligencia Financiera, como el Servicio Ejecutivo de la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias<sup>[170]</sup> en el caso español<sup>[171]</sup>, “deben poder obtener informaciones que les permitan asociar las direcciones de las monedas virtuales a la identidad del propietario de la moneda virtual”<sup>[172]</sup> y tiene que analizarse la posibilidad de que, voluntariamente, los usuarios efectúen “una autodeclaración a las autoridades”<sup>[173]</sup>.

En cuanto a la detección y vigilancia de movimientos transfronterizos de dinero en efectivo<sup>[174]</sup>, pese a ser una de las más viejas técnicas de blanqueo, incluso continúa incrementando su volumen<sup>[175]</sup> de forma significativa<sup>[176]</sup>. Así, en el estudio de un entramado mafioso los bienes delictivos llegaban a Italia mediante una gran red de individuos que viajaban desde Rusia con dinero en efectivo<sup>[177]</sup>. Aunque el transporte físico de bienes

constituye un método tradicional de blanqueo<sup>[178]</sup>, que no necesita la intervención de terceros<sup>[179]</sup>, en el que el dinero en efectivo atraviesa las fronteras por avión, barco o coche destruyendo el vínculo entre la actividad criminal previa y la introducción de los fondos en el circuito financiero<sup>[180]</sup>, también proliferan las nuevas “mulas” captadas por los blanqueadores a través de la red y que actúan en ella, a veces engañadas por falsas empresas que ofrecen altos ingresos a cambio de poco tiempo y esfuerzo; únicamente se les pide proporcionar los datos bancarios al contratante-blanqueador —que abonará en la cuenta dinero de origen delictivo con la autorización de la “mula”, porque retiene una comisión, generalmente en torno al 10% de la cantidad ingresada— y remitir el dinero a otra cuenta facilitada por el blanqueador<sup>[181]</sup>. Estas “mulas de dinero”, reclutadas por correo electrónico con oportunidades de trabajo en casa, a veces el único pago que reciben es la persecución penal por blanqueo<sup>[182]</sup>, ofertas laborales que se han incrementado durante la pandemia del COVID<sup>[183]</sup>.

Asimismo, el GAFI en su informe sobre uso de los nuevos métodos de pago relata el caso de dos acusados en Estados Unidos por blanqueo de dinero procedente de la droga que, ayudados de familiares y amigos, llegaron a abrir 380 cuentas en seis estados, realizaron múltiples depósitos entre 500 y 1.500 dólares e incluso ingresos de más de 100.000 dólares en 112 cuentas bancarias en un solo día. De cada cuenta obtuvieron dos tarjetas, una la guardaron y la otra fue remitida por correo a Colombia, país en el que los fondos fueron retirados a través de los cajeros automáticos<sup>[184]</sup>.

También el GAFI recomendó reducir las transferencias en efectivo mediante técnicas de gestión de fondos modernas y seguras, con inclusión de un aumento del uso de cheques, tarjetas de pago, domiciliación de nóminas y registro automático de operaciones con títulos<sup>[185]</sup>. Actualmente la recomendación 32<sup>a</sup> exhorta a los países a asegurar que sus autoridades puedan impedir o restringir

los movimientos de dinero en efectivo ante sospechas de blanqueo<sup>[186]</sup> y la Convención de Naciones Unidas contra la corrupción dispone que los “Estados Parte considerarán la posibilidad de aplicar medidas viables para detectar y vigilar el movimiento transfronterizo de efectivo”<sup>[187]</sup>, pero “sin restringir en modo alguno la circulación de capitales lícitos”<sup>[188]</sup>. También la Directiva 2018/843 advierte de que “las medidas tomadas deben ser proporcionales a los riesgos<sup>[189]</sup> y en el informe que la Comisión debía presentar como muy tarde el 11 de enero de 2022 se requiere una evaluación del respeto a los derechos y principios fundamentales de la Carta de Derechos Fundamentales en la aplicación de la Directiva 2018/843<sup>[190]</sup>.

En esta línea se ha dicho que el dinero en efectivo es el medio común de intercambio en las transacciones criminales<sup>[191]</sup> y en sentido similar el gobierno español, aunque pensando más en finalidades recaudatorias, aprobó en el consejo de ministros de 22 de junio de 2012 un proyecto de ley de lucha contra el fraude fiscal que, teniendo en cuenta la experiencia legislativa de otros países comunitarios, limitó a 2.500 euros los pagos en efectivo cuando en las operaciones participen empresarios o profesionales<sup>[192]</sup>, que se sumó al plan de control de billetes de alta denominación, de 500 y 200 euros<sup>[193]</sup>. Sobre estas limitaciones de pagos en efectivo el Consejo General del Poder Judicial puso el acento en su trasfondo tributario<sup>[194]</sup>. En julio de 2021 en España se modificó el art. 7 de la Ley 7/2012 para reducir el límite de pagos en efectivo a 1.000 euros<sup>[195]</sup>, como en Francia y en Italia, y en la India el gobierno prohibió en 2016 los billetes de 500 y 1.000 rupias. También con el COVID-19 el uso de dinero en efectivo es evitado y se prefieren los medios de pago electrónicos, para reducir el posible contagio por el contacto físico con el dinero<sup>[196]</sup>. Sin embargo, tras el aparente dogma del “carácter criminógeno del dinero en efectivo” se esconde un programa que supera la lucha contra la delincuencia, permite el control del ámbito

privado y margina todavía más a los que ganan menos<sup>[197]</sup>. Amén de que, al huir de la Caribdis del papel moneda nos toparemos con la Escila del “dinero electrónico”, pues las nuevas tecnologías de pago, según se ha visto, no se hallan exentas de riesgos que pueden frustrar la prevención y represión del blanqueo de dinero.

Por último, la pandemia, además de afectar a la vida e integridad de miles de millones de personas en todo el mundo<sup>[198]</sup>, también propició un “notable aumento de los cibercrímenes”<sup>[199]</sup> y del blanqueo de dinero<sup>[200]</sup> utilizando como medio “una red de ordenadores en cualquier fase de la comisión”<sup>[201]</sup>, pues el cierre de empresas, bancos y sucursales de la *Western Union* durante el confinamiento dificultó el blanqueo por las vías tradicionales y fomentó el uso de nuevas fórmulas, aunque después los rescates gubernamentales a las pequeñas empresas aumentaron la actividad financiera y las oportunidades para los blanqueadores<sup>[202]</sup>.

# AUTORÍA MEDIATA, DOMINIO DE ORGANIZACIÓN Y SU APLICACIÓN EN EL ÁMBITO DE LA CRIMINALIDAD EMPRESARIAL

Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Humberto Ayala Herrera\*

## I. Introducción

En el año 1963, Roxin<sup>[203]</sup> presentó en la revista *Goldammer`s Archiv* su doctrina del "*dominio de voluntad en virtud de aparatos organizados de poder*", desarrollada con base en la teoría del dominio del hecho. En la actualidad -más de treinta años después-, esta doctrina, si bien ha sido aceptada por la jurisprudencia, aún no ha experimentado un ulterior desarrollo que pudiera considerarse satisfactorio. La doctrina científica ha realizado una intensa actividad de nuevos elementos terminológicos, sometiendo al modelo de Roxin a una crítica que en parte se halla plenamente justificada. Sin embargo, no se han presentado en este contexto propuestas de solución convincentes. Sólo a través de la necesaria concreción de la misma noción de dominio en virtud de organización es como se puede alcanzar su limitación material a dos grupos de casos, siendo entonces también prescindible el criterio de la desvinculación del ordenamiento jurídico.



Como es sabido, en la actualidad la jurisprudencia de los tribunales superiores alemanes parte de que el hombre de atrás -a pesar de ser el instrumento un sujeto responsable- tiene dominio del hecho cuando "aprovecha determinadas condiciones marco preconfiguradas por unas estructuras de organización, de modo que dentro de esas condiciones su contribución al hecho desencadena procesos reglados" [\[204\]](#).

De acuerdo con esta posición, este tipo de condiciones marco pueden existir especialmente en estructuras de organización de carácter estatal, empresarial o próximas a un negocio, así como en el caso de jerarquías de mando: *"si en tal caso el hombre de atrás actúa en conocimiento de estas circunstancias, especialmente, si aprovecha la disposición incondicional del autor material a realizar el tipo, y si el hombre de atrás desea el resultado en cuanto consecuencia de su propio actuar"*, será autor mediato [\[205\]](#).

Si bien es cierto, la teoría de la autoría mediata por dominio de organización elaborada por el Profesor Aleman Claus Roxin fue creada con la finalidad de ser aplicada en el ámbito de la criminalidad estatal, sin embargo a lo largo de los años diversos autores propugnaron la posibilidad de su traslado hacia casos de criminalidad empresarial, situación que en lo particular comparto profundamente al considerar que dicha teoría es perfectamente compatible y se puede emplear en el ámbito de la criminalidad empresarial, como se desarrollará brevemente en las siguientes líneas.

## **II. Los Orígenes, la propuesta de Claus Roxin**

El Profesor Claus Roxin, distingue tres formas de dominio del hecho: dominio del hecho por acción, por la voluntad y dominio funcional. El primero, el dominio de la acción se aplica a los casos de autoría única inmediata [\[206\]](#);

el segundo, dominio por la voluntad, a la autoría mediata; y el tercero, dominio del hecho funcional, a la coautoría.

El dominio de la voluntad puede, a su vez, asumir tres modalidades distintas:

*“mediante la utilización de un agente no libre, es decir, ejerciendo una considerable presión motivadora sobre el ejecutor...; también, si el sujeto de detrás se sirve de quien sufre un error...; asimismo, si se da la combinación de elementos de superioridad psíquicos e intelectuales, como la que existe en la relación con menores o enfermos mentales...; además, en los casos hasta ahora poco tratados en que el sujeto de detrás, con auxilio del poder superior de un aparato organizativo que tiene a su disposición, domina el curso del suceso”<sup>[207]</sup>.*

Alude así el autor alemán, de forma sintética, al dominio de la voluntad por coacción, por error<sup>[208]</sup>, por utilización de inimputables o menores<sup>[209]</sup>, o en virtud de aparatos organizados de poder, también denominado “dominio por organización”.

Roxin se preocupa por delimitar los supuestos de dominio de la organización de los casos de error o coacción. En relación con los dirigentes nazis que ordenaron el exterminio judío, afirma que su autoría mediata no se basa en el dominio de la voluntad conseguido a través de la coacción, pues en los Juicios de Núremberg no se pudo probar ningún caso en que alguien fuera ejecutado o internado en un campo de concentración por negarse a cumplir una orden relacionada con el exterminio judío, siendo como máximo sancionado con un traslado, o no siendo ascendido en el escalafón cuando hubiera correspondido<sup>[210]</sup>.

Tampoco admite Roxin que fuera posible aplicar la obediencia debida como causa de justificación a los ejecutores materiales, ni la relevancia de un posible error

en que habrían incurrido al creer equivocadamente que les era aplicable la mencionada causa de justificación.<sup>[211]</sup> Descartados el error y la coacción, Roxin elabora un nuevo criterio que le permita fundamentar la autoría mediata del hombre de atrás: el dominio por organización.

Esta última voluntad del dominio de la voluntad, consiste en la utilización por parte del hombre de atrás de “una maquinaria” personal (casi siempre organizada estatalmente), con cuya ayuda puede cometer sus crímenes sin tener que delegar su realización a la decisión autónoma del ejecutor<sup>[212]</sup>, puesto que se trata de una organización que funciona “automáticamente” sin que importe la persona individual del ejecutor, que es fungible, dato del que es consciente el hombre de atrás, pues sabe que si uno de los numerosos órganos que cooperan en la realización de los delitos elude cumplir su cometido, inmediatamente otro va a suplirle, no resultando afectada la ejecución del plan global<sup>[213]</sup>. En estos supuestos no falta pues ni la libertad ni la responsabilidad del ejecutor directo, que ha de responder como autor culpable y de propia mano. Pero estas circunstancias son irrelevantes para el dominio por parte del sujeto de detrás, porque desde su atalaya el agente no se presenta como persona individual, libre y responsable, sino como figura anónima y sustituible<sup>[214]</sup>.

De esta forma, la fungibilidad del ejecutor aparece como el factor decisivo que permite fundamentar el dominio de la voluntad en estos casos. Lo característico de esta forma de dominio es que el hombre de atrás puede contar con que la orden por él dictada, va a ser cumplida sin necesidad de emplear coacción, o de prevalerse de una situación de error en el ejecutor, y, además, sin tener que conocer a éste. Al no depender la organización de la persona individual del ejecutor, se dice de ella que funciona de forma “automática”. El criterio de fungibilidad (o intercambiabilidad), alude a la posible sustitución de un ejecutor por otro en caso de que uno se negara a cumplir las órdenes, asegurándose, así, la ejecución del plan en su

conjunto. El propio Roxin reconoce que la simple incitación a un hecho constituye en general inducción, en tanto el incitado conserva la decisión libre sobre el “sí” del hecho, no obstante entiende que en estos casos existe autoría en tanto “la eventual negativa del que se haya determinado al hecho no perjudica la ejecución de la orden a través de cualquier otro”. Lo relevante será la capacidad de dictar órdenes dentro de su poder de mando, el cual es cambiante a voluntad del hombre de atrás, perfilando así el dominio de voluntad.

Tal intercambiabilidad del ejecutor llega hasta el punto de que el hombre de atrás no necesita conocerle personalmente, ya que debido a la organización puede confiar en que cumplirá sus órdenes, incluso sin conocimiento personal alguno<sup>[215]</sup>. La fungibilidad existe cuando en el caso de que la persona que recibe la orden se niegue a cumplirla, no puede impedir el hecho, sino únicamente sustraer su contribución al mismo<sup>[216]</sup>. Por tanto, los casos que analizamos se caracterizan porque el ejecutor no puede evitar con su negativa de actuar la consumación del delito, ya que únicamente está en su mano anular o neutralizar su anterior aportación en el sentido de impedir que esa prestación influya en la efectiva lesión del bien jurídico. Por su parte, el hombre de atrás sí puede evitar la consumación dando una contraorden. “El ejecutor, si bien no puede ser desbancado de su dominio de la acción, sin embargo, es al mismo tiempo un engranaje –sustituible en cualquier momento– en la maquinaria de poder, y esta doble perspectiva impulsa al sujeto de detrás, junto con él al centro del acontecer”<sup>[217]</sup>. De esta forma el hombre de atrás se convierte en el verdadero protagonista del hecho, en la figura central en el suceso, a pesar de la lejanía respecto de este. Precisamente, esto caracteriza el dominio de la organización: “la pérdida de la proximidad al hecho se compensa por la medida de dominio organizativo, que va aumentando según se asciende en la escala jerárquica del aparato”<sup>[218]</sup>.

Además de la fungibilidad de los ejecutores, consecuencia de que la organización tiene ya una cierta dimensión, es necesario que el aparato organizado de poder funcione, globalmente, fuera del marco del orden jurídico<sup>[219]</sup>. La introducción de esta característica, que, como comprobaremos, ha sido objeto de arduas discusiones, responde a que “en la medida en que la dirección y los órganos de ejecución se mantienen ligados, en principio, a un orden jurídico que sea independiente de ellos, la orden de ejecutar acciones punibles no sirve para fundamentar el dominio, porque las leyes tienen el rango mayor y por norma excluyen la ejecución de órdenes antijurídicas y, con ello, la voluntad del poder del inspirador”<sup>[220]</sup>. Debe advertirse que el orden jurídico al que alude Roxin no es únicamente al ordenamiento interno de cada Estado, sino que es también, y muy particularmente, el orden jurídico internacional. Podría incluso pensarse que alude al Derecho Natural. Ello permite seguir afirmando que los detentadores del poder en un Estado totalitario actúan de forma contraria a los valores y principios básicos del Estado de Derecho, manteniéndose con ello la aludida nota de la actuación fuera del marco del ordenamiento jurídico como característica del dominio de la organización.

Como se acaba de mencionar, el maestro Claus Roxin establece como un requisito *sine qua non*, la existencia de dicha “organización” fuera del marco del Estado de Derecho. Pero en cambio, el tratadista Kai Ambos<sup>[221]</sup> cree innecesaria y prescindible dicha característica a la que alude Roxin, ya que menciona con acierto que lo único que configuraría la autoría mediata en los aparatos organizados de poder sería entonces una organización estructurada de modo jerárquico, y un dominio del hecho del hombre de atrás sobre ejecutores fungibles<sup>[222]</sup>. Esto sería lo que primó en el Tribunal Supremo Alemán (BGH) en el caso de los “guardianes del muro”, que si bien aplicó la teoría Roxiniana, obviaron el elemento de que el aparato actuara al margen de la legalidad, ya que la ley de fronteras era

derecho positivo y los francotiradores estaban protegidos por una causa de justificación del régimen.

Asimismo Muñoz Conde afirma que Roxin cambió su punto de vista originario, al contestarle a Ambos<sup>[223]</sup>, y dice que *“la desvinculación de la organización al derecho no debe ser total, bastando tan sólo que sea el hecho concreto el que se realice al margen del derecho”*.

Con el fin de no ensanchar el ámbito de aplicación de su tesis hasta extremos que supondrían su desnaturalización, Roxin se preocupa de especificar que no es posible cuando “una media docena de elementos asociales se juntan para cometer hechos delictivos y eligen a uno de ellos como su jefe, puesto que la comunidad descansa sobre las relaciones individuales de los partícipes entre sí, y no tiene nada que ver con la cambiabilidad (sic) o fungibilidad de los miembros, que es la forma específica de la voluntad de dominio para estos casos”<sup>[224]</sup>. E incluso llega a poner en duda que la tesis que sustenta se pueda aplicar al supuesto en que un servicio secreto extranjero ordena un asesinato político en territorio alemán (Caso Stachynski), en donde el Tribunal Supremo Alemán consideró autores a quienes ordenaron un asesinato cometido en la RFA por un agente secreto calificando a éste, que actuó como ejecutor único, como cómplice, puesto que no podría decirse que exista una reserva de personas dispuestas a cumplir la orden de la envergadura necesaria para poder hablar de fungibilidad o intercambiabilidad de los ejecutores.

Como cabe observar, pues, el dominio por organización no tiene un ámbito de aplicación muy amplio, lo que se debe en buena medida a que Roxin exige que el aparato organizado de poder actúe por completo al margen del Ordenamiento Jurídico, lo que sólo se produce en casos muy concretos. En efecto, esta forma de autoría mediata basada en el dominio por organización tiene su campo de aplicación natural, según su más destacado representante, en los delitos de genocidio. Retomando las palabras de Jäger, quien siguiendo una tesis bastante extendida en el

Derecho penal internacional apunta que el genocidio es un delito de todo punto inimaginable como hecho individual completamente privado, señala Roxin que “los delitos de guerra, estatales y cometidos por organizaciones [...] no pueden ser aprehendidos adecuadamente si se manejan sólo los criterios que rigen para el hecho individual. Es por ello, por lo que las figuras jurídicas de autoría, inducción y complicidad, que están cortadas asimismo por el patrón del hecho individual, no pueden adaptarse a un acontecimiento delictivo así cuando lo contemplamos como fenómeno total”<sup>[225]</sup>.

Por tanto, se ha de poner de relieve que Roxin no pretende extender la tesis de la autoría mediata con aparatos organizados de poder a todo tipo de delincuencia organizada, sino única y exclusivamente a las hipótesis en que una organización se apodera del aparato del Estado y lo utiliza para la realización de delitos, como ocurrió con el régimen nacionalsocialista alemán, o en los casos de movimientos clandestinos, organizaciones secretas y asociaciones criminales que persigan objetivos adversos al orden jurídico establecido y que, debido a su fuerte estructura jerárquica y considerable número de miembros, aparecen como un Estado dentro del Estado, siempre que reúnan las características apuntadas<sup>[226]</sup>.

Ahora bien, que el aparato actúe o no al margen del Derecho no parece ser relevante para discutir los problemas que hacen a si la solución correcta viene de la mano de la autoría mediata, como lo propuso en su momento Roxin, o bien a través de la coautoría o la inducción, tal como parece ser la solución a la que se orientan las más actuales contribuciones, si bien no dejó de revelar que el autor le ha asignado a este elemento la trascendente función de habilitar el dominio del hombre de atrás, y por tanto la autoría mediata<sup>[227]</sup>.

La admitida superposición del dominio por organización ejercido por el dirigente al dominio de la acción propio del ejecutor, permite asimismo aclarar la posición de Roxin en

torno al comienzo de la tentativa en la autoría mediata a través de aparatos organizados de poder.

Roxin afirma que “con haber realizado todo lo necesario según su plan para producir el resultado no se da ya *eo ipso* una tentativa. Por el contrario, existirá un comienzo de ejecución cuando se den dos requisitos alternativos: que el bien jurídico sea puesto inmediatamente en peligro, según los criterios desarrollados para la tentativa inacabada, o que el autor abandone el dominio del hecho que según su plan debería llevar al resultado”<sup>[228]</sup>.

De esta forma, el comienzo de la tentativa en la autoría mediata debe establecerse en el momento en que se pone en peligro directamente el bien jurídico. Ahora bien, aun cuando no se haya producido todavía esa puesta en peligro del bien jurídico, para Roxin “existe tentativa acabada cuando un responsable pone en marcha un curso causal y pierde su dirección, al traspasarlo a otra persona... que es la que, en definitiva, tiene que llegar al resultado. En tales casos, el autor ha pasado la prueba de fuego de la situación crítica” (Bockelmann), y realizado todo lo que por su parte era necesario para producir el resultado<sup>[229]</sup>.

### **III. La Autoría Mediata por Dominio de la Organización.**

Otra de las formas de autoría mediata mencionadas por Roxin, la cual se encuentra al margen del dominio por coacción y por error, es aquella que tiene el dominio de la voluntad, misma que reside en la fungibilidad del ejecutor<sup>[230]</sup>.

Para el autor mencionado el dominio por organización es “...*el modo de funcionamiento específico del aparato que está a disposición del hombre de atrás, lo que, de entrada, implica que tal aparato puede funcionar “sin que sea*



*decisiva la persona individual de quien ejecuta, de modo prácticamente automático.”*<sup>[231]</sup>

Para fundamentar la autoría de la persona que ocupa el vértice de una estructura jerárquica en cuyo seno se cometen delitos, Roxin elaboró un nuevo criterio denominado el dominio por organización, el cual consiste en la utilización por parte del hombre de atrás de una maquinaria personal (casi siempre organizada de manera estatal), mediante la cual puede cometer crímenes sin tener que delegar su realización a la autonomía de la persona que ejecuta, ya que la organización funciona de manera automática, sin importar quién cometa el hecho delictivo, persona que por cierto es fungible, ya que si ésta se niega a cooperar en la realización del delito, alguien más va a suplirle, lo cual permitirá que el plan global se ejecute.

En este tipo de autoría el funcionamiento del aparato de poder se encuentra a disposición del sujeto de atrás y funciona de manera automática, sin que importe qué persona realizará el hecho ilícito, lo único que sabe el sujeto que da la orden, ya sea de exterminio, o de algún otro ilícito, es que ésta se realizará sin lugar a dudas, y también sabe que esa orden será cumplida sin coacción ni engaño, lo cual podemos ejemplificarlo con la documentación que se recopiló durante los procesos de Núremberg, de los que se constató que quienes se negaron a cumplir órdenes nunca fueron ni fusilados ni condenados, ni internados en un campo de concentración, sino que solamente tuvieron notas desfavorables en sus expedientes o se les negaron traslados o ascensos<sup>[232]</sup>.

Y para poder desglosar esta forma de autoría mediata es importante mencionar los elementos que la componen:

*A. La estructura jerárquica de la organización (El poder de mando).*

Por la naturaleza y características particulares de las violaciones tan frecuentemente realizadas a los derechos humanos por parte de las fuerzas armadas, ya resultan insuficientes los mecanismos tradicionales de definición e interpretación de la autoría para aplicarlos a estos delitos, debido a que no nos encontramos ante crímenes cometidos por sujetos particulares, sino a los que son ejecutados por organizaciones del propio Estado, por lo que resulta indispensable atender la responsabilidad del mando derivada de violaciones a derechos humanos cometidas por sus subordinados.

*“Si el hombre de atrás no cuenta con suficiente autoridad o autonomía para activar el funcionamiento de la organización con sus órdenes, no podría ser considerado como autor mediato; acaso cómplice.”<sup>[233]</sup>*

*“El poder de mando significa que podrá ser autor mediato aquella persona que, al interior de una organización que se rige por un marcado principio de jerarquía, tenga la autoridad para dar órdenes y ejerza dicha autoridad para realizar conductas delictivas por medio de otros miembros del grupo.”<sup>[234]</sup>*

La estructura jerárquica de la organización es la que se lleva a cabo de forma verticalizada con los “autores de escritorio” que dan las órdenes de ejecución de los hechos delictivos, y pretenden que esas órdenes sean ejecutadas al margen del ordenamiento jurídico. Existe una cadena de mando que se lleva a cabo a través de la estructura jerárquica, por medio de un sistema vertical o piramidal de jerarquía y las directrices deben ser acatadas por todos los niveles hasta que llegan con el sujeto que ejecutará el hecho delictivo<sup>[235]</sup>.

En la estructura jerárquica al existir diferentes niveles por los cuales van pasando las órdenes, los sujetos que van

dando éstas deben ser identificados como autores mediatos, tal como ocurrió en el Caso Eichmann, en el cual el Tribunal de Jerusalén evaluó que cuanto mayor es la lejanía con el delito, existe mayor responsabilidad<sup>[236]</sup>.

La autoría mediata así representada en la cadena de mando es considerada por Roxin; y cabe cuestionarse: ¿Cómo se fundamenta el dominio del hecho en estos casos? ¿Es el simple traspaso de una orden lo que genera el fundamento del dominio del hecho por parte del sujeto de atrás, o cómo se debe delimitar la autoría mediata?<sup>[237]</sup>

A lo anterior Roxin manifiesta *“...únicamente cabe hablar con sentido de “dominio” sobre un “hecho” concreto cuando los criterios que lo fundamentan proporcionan al sujeto “dominante” una influencia más o menos intensa sobre el delito y por tanto, sobre la configuración del suceso exterior de la acción”*<sup>[238]</sup>.

Lo anterior se puede explicar cuando el sujeto de atrás: *“...ocupando dentro de un aparato organizado de poder con actitud global criminógena un determinado rango, da (traslada) instrucciones a otro que ostenta un rango inferior para que cometa un delito, pudiendo contar con que a causa de la actitud criminal del colectivo ya establecida del poder de mando y disposición a cumplir órdenes que en aquel existe, muy probablemente su orden será cumplida.”*<sup>[239]</sup>

## *B. La fungibilidad del ejecutor inmediato.*

El instrumento es la persona que lleva a cabo directamente la ejecución material del delito, cumpliendo de esta manera las órdenes dadas por el hombre de atrás. No existe una relación entre el autor mediato y la persona que materializa el hecho, sino entre la persona que da la última orden y el instrumento. Lo que nos lleva a determinar que el autor mediato “el hombre de atrás” instrumentaliza al ejecutor “hombre de delante”, para

efecto de que lleve a cabo un hecho prohibido por la norma. Aunque, a decir verdad, el verdadero instrumento es más bien el aparato como tal. El instrumento que utiliza el autor mediato para la comisión del delito no es una persona individualizada, sino que se caracteriza por ser fungible, anónimo e intercambiable; lo que le da al dominio de la organización la certeza de que la orden emitida por el superior jerárquico (autor mediato) será cumplida a toda costa, ya que, si un sujeto se negara a su cumplimiento, la fungibilidad de éste asegurará la comisión del hecho delictivo.

Para Agustín Quintana es la “Capacidad de sustituir a un ejecutor del delito por otro, en una reserva amplia de personas dispuestas a llevar a cabo éste dentro de los aparatos multicitados.”<sup>[240]</sup>

Significa que las “ruedecillas de la maquinaria” sean fácilmente intercambiables, ya que está claro que la libertad de decisión de la persona que recibe la orden no afecta al dominio del hecho por parte del sujeto de atrás, debido a que el instrumento en sentido estricto no es quien ejecuta la orden, sino el mecanismo de poder funcionando de manera casi automática, sin que sea estorbado en su actuar por la negativa de uno de sus miembros.

Roxin manifiesta que *“...la organización cuenta con muchos esbirros dispuestos y que, entonces, la ausencia de uno de ellos -por cualquier causa- no puede hacer peligrar la ejecución de la orden.”*<sup>[241]</sup> “Una organización de este tipo desarrolla, justamente, una vida que es independiente de la cambiante composición de sus miembros. El factor decisivo para la fundamentación del dominio de la voluntad en este tipo de casos, que debe situarse frente a los de coacción y de error, es una tercera forma de autoría mediata, que radicaría en la fungibilidad de los ejecutores.”<sup>[242]</sup>

### *C. La actuación del aparato organizado de poder al margen de la legalidad.*

Roxin considera que la estructura organizada de poder debe desligarse del ordenamiento jurídico, es decir, actuar al margen de éste, pero ¿esto cómo ocurre? estableciendo que el aparato de poder debe desvincularse del derecho, pero no en toda relación, sino sólo en lo que corresponde a los tipos penales que realiza<sup>[243]</sup>.

Al respecto, Kai Ambos opina *“De la estructura del dominio de la organización se deduce que éste solo puede existir allí donde la estructura en su conjunto se encuentra al margen del ordenamiento jurídico, puesto que en tanto que la dirección y los órganos ejecutores se mantengan en principio ligados a un ordenamiento jurídico independiente de ellos, las órdenes de cometer delitos no pueden fundamentar dominio, porque las leyes tienen el rango supremo y normalmente excluyen el cumplimiento de órdenes antijurídicas, y con ello el poder de voluntad del sujeto de detrás.”*<sup>[244]</sup>

Roxin menciona como requisito indispensable que esta organización se encuentre fuera del estado de Derecho, sin embargo, Kai Ambos cree que esta característica es innecesaria y prescindible, estableciendo que lo único que configura la autoría mediata en los aparatos organizados de poder es una organización estructurada de modo jerárquico y dominio del hecho del hombre de atrás sobre los ejecutores fungibles. *“Si el aparato no está fuera del ordenamiento jurídico, sino es en sí mismo el ordenamiento jurídico o parte de él, el dominio del hecho de los hombres de atrás es mayor que en el caso del aparato desvinculado del derecho.”*<sup>[245]</sup> El criterio mencionado es el que aplicó el Tribunal Supremo Alemán en el caso de los “guardianes del muro”, que si bien es cierto, aplicó la teoría de Roxin, obviaron el elemento de que el aparato actuara al margen de la legalidad, debido a que la ley de fronteras era

derecho positivo, y los francotiradores estaban protegidos por una causa de justificación del régimen.

Muñoz Conde afirma que Roxin modificó su punto de vista al respecto, cuando le contestó a Kai Ambos, en el siguiente sentido *"...la desvinculación de la organización al derecho no debe ser total, bastando tan sólo que sea el hecho concreto el que se realice al margen del derecho"*<sup>[246]</sup>.

#### *D. La elevada disponibilidad al hecho del ejecutor*

Roxin manifiesta que el individuo cuando pertenece a una organización tiende a adaptarse, a integrarse y a cooperar en actividades que nunca hubiera concebido fuera de la organización; pero también, existe un deseo de servir, de destacar, de hacer carrera, de creer en una ideología sin cuestionamientos, o su impulso criminal, a lo cual piensa que realizándolo no será castigado. Y también existen individuos, que, pese a que no quieren la realización de conductas prohibidas, las llevan a cabo ya que están convencidos de que si no las hacen ellos alguien más las hará<sup>[247]</sup>.

La disponibilidad del hecho del ejecutor *"...consiste en la disposición o inclinación que muestra el ejecutor para llevar a cabo la orden que recibe en una organización."*<sup>[248]</sup>

Esta forma de autoría mediata por dominio de la organización requiere de cinco requisitos para su acreditación: 1) La existencia de una organización jerárquica; 2) El poder de mando del autor mediato; 3) La desvinculación de la organización del Derecho; 4) La fungibilidad del autor directo; y 5) La predisposición del autor directo para la realización del hecho ilícito<sup>[249]</sup>.

## **IV. Posición Personal: Viabilidad de la aplicación de la Autoría Mediata por dominio de organización en la criminalidad empresarial**

Previo a ensayar mi postura, es necesario precisar que la misma tiene sustento aludiendo a los diversos ilícitos penales cometidos por los subordinados en virtud de una orden impartida por el superior jerárquico, excluyendo los casos en donde el titular de la empresa u órgano de dirección, desconociendo su posición de garante, permitiendo que los trabajadores en el ejercicio de sus funciones realicen actividades delictivas. Habiendo realizado la mencionada aclaración, se procederá a describir nuestra opinión sobre el tema objeto de estudio.

## **V. ¿Poder de mando de los dirigentes de la empresa?**

Feijoo Sánchez (2007) señala que puede considerarse como una organización empresarial tanto a la empresa individual, como a los grupos o consorcios de empresas controlados por una empresa matriz, siempre y cuando la filial no cuente con suficiente autonomía organizativa. En ese sentido, el tratamiento jurídico penal de los grupos de empresas depende de cómo se encuentre materialmente organizada la interrelación y dependencia de las empresas filiales con la empresa matriz.

Desde un plano vertical, la estructura empresarial se caracteriza por la división del trabajo, la especialidad y la complementariedad; es decir, cada una de las personas que intervienen en el proceso de producción asume una determinada competencia funcional y realiza una aportación que complementa la de los sujetos restantes en contexto de un plan común. Mientras que, desde un plano

horizontal, la empresa exige el respeto al principio de jerarquía, el cual establece que cada una de las aportaciones de los miembros están subyugadas a una común dirección que puede aceptarlas, modificarlas o rechazarlas.

Estando a lo expuesto, se advierte que una empresa -al igual que un aparato organizado de poder- está estructurada verticalmente al primar el principio de jerarquía basado en relaciones de supremacía y subordinación que trae consigo un fraccionamiento o atomización de las competencias.

En el caso de las empresas con tendencia criminal, los trabajadores -o la mayoría de estos- que forman parte de ella tienen conocimiento de la estructura, jerarquía y ámbito de la empresa, en virtud de un acuerdo previo arribado con ella. En tal sentido, la subordinación de los trabajadores no podría estar basada en la coacción o el error, ya que el sujeto de atrás se encuentra confiado en que la orden de la comisión del ilícito penal será realizada sin tener la obligación de conocer o ejercer presión sobre el ejecutor material; por tanto, la estructura empresarial fungiría como una organización piramidal al ser los órganos decisivos diferentes a los ejecutivos, debiendo ser necesario que los empleados hayan actuado conforme a la voluntad u objetivo de la empresa y no por cuenta propia, así como tampoco discordante con las metas de la empresa de corte criminal a la que pertenece.

En consecuencia, en mérito a la estructura jerárquica que posee la empresa -como se ha descrito líneas arriba-, se podría verificar el presupuesto de poder de mando del cual gozaría el gerente general de una empresa criminal, quien tendría la seguridad de que sus subordinados cumplirían con la orden de comisión del delito.

También, se debe tener en cuenta que los gerentes de determinadas áreas de la estructura de una empresa criminal detentarían cierto poder de mando sobre los empleados que se encuentran bajo su dominio, por lo que el



dominio de organización puede concurrir en la criminalidad empresarial al ser posible que en algunos casos la organización de la empresa pueda dar lugar a que algunas personas ostenten un correspondiente poder de mando.

## *¿Fungibilidad de los ejecutores en la criminalidad empresarial?*

La mayoría de los autores que rechazan el traslado de la autoría mediata por dominio de organización a la criminalidad empresarial aducen que resulta inverificable la fungibilidad de los ejecutores en dichos casos en atención al grado de especialidad que se observa en las estructuras empresariales.

Sin embargo, desde nuestra perspectiva tal argumento deviene en inválido debido a que la especialidad también es requerida en los casos de delitos cometidos a través de aparatos organizados de poder, pues no cualquier persona tiene conocimientos -por ejemplo- sobre el manejo de un arma de fuego, desvirtuando lo alegado por la totalidad de juristas y/o profesores citados en el apartado anterior.

Aunado a ello, se debe tener en cuenta que es más probable que las empresas (criminales) cuenten con mayor cantidad de subordinados dispuestos a realizar actos ilícitos en virtud de la negativa de otro, toda vez que al encontrarse inmersos en una estructura presuntamente lícita resulta casi improbable que sean descubiertos los fines delictivos de la empresa; a diferencia de los aparatos organizados de poder que al estar asentados fuera del Derecho es más complicado hallar sujetos dispuestos a cometer ilícitos penales, empero no imposible, sino limitado; motivo por el cual, no estaríamos negando la fungibilidad o intercambiabilidad de los ejecutores en los casos de las mencionadas estructuras.

*¿Disponibilidad incondicional para realizar el hecho por parte de los ejecutores en el ámbito de la delincuencia empresarial?*

Considero innecesario la inclusión del requisito de la disponibilidad incondicional de los ejecutores para realizar el hecho para el análisis de los casos de delitos cometidos por aparatos organizados de poder.

*¿Las organizaciones empresariales se encuentran desvinculadas del ordenamiento jurídico?*

Por tanto, no habría impedimento para que se aplique la autoría mediata por dominio de organización en el ámbito de la criminalidad empresarial pues si bien dichas estructuras fueron creadas de acuerdo a los requisitos establecidos en la normativa vigente, empero su real objetivo era la realización de hechos delictivos.

## **VI. Conclusiones**

Si bien algunos autores no consideran conveniente la aplicación de la autoría mediata por dominio de organización en los casos de delitos cometidos a través de un aparato organizado de poder, pues creen oportunas otras figuras de imputación como la coautoría, instigación o complicidad; no obstante, desde nuestro criterio ello no sería correcto. El hombre de atrás no puede ser considerado instigador o inductor dado que el ejecutor o subordinado ya se encuentra dispuesto a cometer hechos delictivos al aceptar formar parte del aparato organizado

de poder. Asimismo, la alternativa de la coautoría es desestimada pues el acuerdo entre los coautores no puede estar basado únicamente en el hecho de aceptar formar parte de la organización delictiva, sino debe ser concreto y específico sobre la conducta delictiva a realizar, así como que conlleve a una división de trabajo. Tampoco la complicidad sería una opción viable, debido a que si se afirma que el último eslabón únicamente responde como inductor y el resto como cómplices, a nivel normativo y valorativo realizarían comportamientos idénticos al encontrarse reducida su participación a comunicar -por los medios con los que cuenta la organización- el contenido de una orden.

La autoría mediata por dominio de organización constituye una posibilidad para atribuir responsabilidad penal a los superiores jerárquicos por la comisión de un delito por parte de sus subordinados en virtud de una orden recibida. Al respecto, la mayoría de la doctrina muestra su oposición a la aplicación de dicha figura en el ámbito de la criminalidad empresarial, alegando que no se verifican la presencia de los requisitos o presupuestos planteados por Roxin; sin embargo, desde nuestra posición sostenemos lo contrario, ya que realizando algunos cambios a la teoría planteada por el profesor alemán es factible su traslado al ámbito de la delincuencia empresarial.

En mérito a la estructura jerárquica que posee la empresa se verifica el presupuesto de poder de mando del cual gozaría el gerente general, quien tendría la seguridad de que sus subordinados cumplirían con la orden de comisión del delito. Asimismo, se debe tener en cuenta que los gerentes de determinadas áreas de la estructura de una empresa criminal detentarían cierto poder de mando sobre los empleados que se encuentran bajo su dominio.

Cabe señalar que es probable que las empresas (criminales) cuenten con mayor cantidad de subordinados dispuestos a realizar actos ilícitos en virtud de la negativa de otro pues al encontrarse inmersos en una estructura

presuntamente lícita -por ejemplo, una empresa “fachada”- deviene en improbable que sean descubiertos los fines delictivos de esta.

No habría impedimento para que se aplique la autoría mediata por dominio de organización en el ámbito de la criminalidad empresarial, por cuanto si bien las empresas fueron creadas de acuerdo a los requisitos establecidos en la normativa vigente, su real objetivo era la realización de hechos delictivos.

# COMENTARIOS AL PROYECTO DE MODIFICACIÓN DE LEGISLACIÓN VIGENTE EN MATERIA DE PREVENCIÓN Y REPRESIÓN DEL LAVADO DE ACTIVOS Y FINANCIAMIENTO DEL TERRORISMO

Federico Eisenberg\*  
Gregorio Schumacher\*\*

## I. Introducción

El lavado de activos se encuentra regulado en la legislación argentina desde hace aproximadamente treinta años. A lo largo de este período ha estado tipificado de diferentes maneras que trataban de adaptarse, en mayor o menor medida, a los requerimientos de los organismos internacionales.

En un primer momento fue regulado en el marco de la Ley de Estupeficientes, luego de manera autónoma como una modalidad agravada del delito de encubrimiento y, finalmente, desde el 2011, como un delito ubicado en la órbita del título “Delitos contra el orden económico y financiero” del Código Penal. Esta última modificación supuso, para gran parte de la doctrina, la aparición de este nuevo bien jurídico -orden económico y financiero- que el delito de lavado de activos estaba dirigido a proteger<sup>[250]</sup>.

Sin embargo, por su complejidad, el delito en cuestión sigue encontrándose con diferentes problemas tanto desde el punto de vista fáctico como normativo que continúan enfrentando a la doctrina y la jurisprudencia<sup>[251]</sup>.

Lo mismo ocurre con los delitos vinculados con el terrorismo y su financiamiento. Aunque su aparición en la legislación nacional resulta ser más reciente, la doctrina resulta ser muy crítica respecto de estos tipos penales<sup>[252]</sup>.

En el año 2011 se incorpora, por primera vez, en la legislación penal argentina una fórmula genérica prevista en el artículo 41 quinquies que agrava cualquier delito del Código Penal cuando, entre otras cosas, se comete para aterrorizar a la población. Además, se incorporó al Código Penal el artículo 306 que tipificó por primera vez el delito de Financiamiento del Terrorismo.

Ahora bien, el 31 de mayo de 2022 el Poder Ejecutivo envió al Congreso un proyecto de ley que propone una serie de modificaciones a la legislación vigente relativa a la prevención y represión del lavado de activos y financiamiento del terrorismo.

Dichas modificaciones suponen algunas reformas al Código Penal como así también a la Ley 25.246<sup>[253]</sup> que regula el sistema de prevención en materia de lavado de activos y financiamiento del terrorismo.

Nos proponemos, en lo que sigue, repasar la legislación histórica de las figuras bajo análisis, para finalizar comentando los aspectos más relevantes de este último proyecto de modificación, en lo atinente a la reforma del Código Penal.

Antes de comenzar, es preciso aclarar que el análisis que se realizará a continuación pretende describir objetivamente algunos aciertos y errores del proyecto de ley referido. No obstante, no se nos escapa que probablemente muchas de las consideraciones que se efectuarán, podrán corregirse a la hora del trabajo en comisiones.

Por último, cabe señalar que tampoco analizaremos la cuestión de *lege ferenda*, es decir, en función de lo que sería deseable que la ley diga sino que, por el contrario, intentaremos comentar los aspectos más relevantes de este último proyecto de reforma enviado al Congreso Nacional, tal como fue enviado por el Poder Ejecutivo.

## **II. Las tipificación actual de los delitos de lavado de activos (303), terrorismo (41 quinquies) y del financiamiento del terrorismo (306)**

Un año después de la suscripción de la convención de las Naciones Unidas celebrada en 1988 en la ciudad austríaca de Viena, el Congreso de la Nación sancionó una ley especial sobre la "*tenencia y tráfico de estupefacientes*" cuyo artículo 25 es considerado por la doctrina mayoritaria como la primera tipificación del delito lavado de activos en Argentina. La redacción era la siguiente: "*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. A los fines de la aplicación de este artículo no importará que el hecho originante de las ganancias, cosas, bienes o beneficios se haya producido en el territorio extranjero. El tribunal dispondrá las medidas procesales para asegurar las ganancias o bienes presumiblemente derivados de los hechos descritos en la presente ley. Durante el proceso el interesado podrá probar*

*su legítimo origen en cuyo caso el tribunal ordenará la devolución de los bienes en el estado en que se encontraban al momento del aseguramiento o en su defecto ordenará su indemnización. En caso contrario el tribunal dispondrá de las ganancias o bienes en la forma prescripta en el artículo 39”.*

En el año 2000 esta norma fue derogada por la Ley 25.246 (art. 29) que sustituyó al tipo de lavado de activos referido por un nuevo tipo penal ubicado en el art. 278 del Código Penal. Esta nueva ubicación colocaba al lavado de activos como una modalidad agravada del delito de encubrimiento. Esta modificación respondía, en gran medida, a la suscripción de la Convención de Palermo de las Naciones Unidas y al ingreso de nuestro país como miembro pleno al Grupo de Acción Financiera Internacional<sup>[254]</sup> que exigía una modificación en la regulación en esta materia como requisito para el ingreso. La redacción para ese momento era la siguiente: *“Artículo 278: 1) a) Será reprimido con prisión de dos a diez años y multa de dos a diez veces del monto de la operación el que convirtiere, transfiriere, administrare, vendiere, gravare o aplicare de cualquier otro modo dinero u otra clase de bienes provenientes de un delito en el que no hubiera participado, con la consecuencia posible de que los bienes originarios o los subrogantes adquieran la apariencia de un origen lícito y siempre que su valor supere la suma de cincuenta mil pesos (\$ 50.000), sea en un solo acto o por la reiteración de hechos diversos vinculados entre sí; b) El mínimo de la escala penal será de cinco (5) años de prisión, cuando el autor realizare el hecho con habitualidad o como miembro de una asociación o banda formada para la comisión continuada de hechos de esta naturaleza; c) Si el valor de los bienes no superare la suma indicada en este inciso, letra a, el autor será reprimido, en su caso, conforme a las reglas del artículo 277; 2) El que por temeridad o imprudencia grave cometiere alguno de los hechos descriptos en el inciso anterior, primera oración,*



*será reprimido con multa del veinte por ciento (20%) al ciento cincuenta por ciento (150%) del valor de los bienes objeto del delito; 3) El que recibiere dinero u otros bienes de origen delictivo, con el fin de hacerlos aplicar en una operación que les dé la apariencia posible de un origen lícito, será reprimido conforme a las reglas del artículo 277; 4) Los objetos a los que se refiere el delito de los incisos 1, 2 ó 3 de este artículo podrán ser decomisados.”*

Finalmente, hacia el año 2011, por intermedio de la Ley 26.683, se reformó nuevamente la normativa en la materia: se derogó el mencionado art. 278 y se introdujo al Código Penal un nuevo título denominado “Delitos contra el orden económico y financiero”, en donde se incorporó el artículo 303 del Código Penal, vigente hasta la actualidad. Este artículo se encuentra redactado de la siguiente manera: “1) *Será reprimido con prisión de tres (3) a diez (10) años y multa de dos (2) a diez (10) veces del monto de la operación, el que convirtiere, transfiriere, administrare, vendiere, gravare, disimulare, o de cualquier otro modo pusiere en circulación en el mercado, bienes provenientes de un ilícito penal, con la consecuencia posible de que el origen de los bienes originarios o los subrogantes adquieran la apariencia de un origen lícito, y siempre que su valor supere la suma de trescientos mil pesos (\$ 300.000), sea en un solo acto o por la reiteración de hechos diversos vinculados entre sí. 2) La pena prevista en el inciso 1) será aumentada en un tercio del máximo y en la mitad del mínimo, en los siguientes casos: a) Cuando el autor realizare el hecho con habitualidad, o como miembro de una asociación o banda formada para la comisión continuada de hechos de esta naturaleza. b) Cuando el autor fuera funcionario público que hubiera cometido el hecho en ejercicio u ocasión de sus funciones. En este caso, sufrirá además pena de inhabilitación especial de tres (3) a diez (10) años. La misma pena sufrirá el que hubiere actuado en ejercicio de una profesión u oficio que requirieran habilitación especial. 3) El que recibiere dinero*

*u otros bienes provenientes de un ilícito penal, con el fin de hacerlos aplicar en una operación de las previstas en el inciso 1), que les dé la apariencia posible de un origen lícito, será reprimido con la pena de prisión de seis (6) meses a tres (3) años. 4) Si el valor de los bienes no superare la suma indicada en el inciso 1), el autor será reprimido con la pena de prisión de seis (6) meses a tres (3) años. 5) Las disposiciones de este artículo regirán aun cuando el ilícito penal precedente hubiera sido cometido fuera del ámbito de aplicación espacial de este Código, en tanto el hecho que lo tipificara también hubiera estado sancionado con pena en el lugar de su comisión”.*

Por otra parte, el delito de terrorismo ingresó por primera vez al Código Penal por intermedio de la Ley 26.734 del año 2011. Esta figura, aún vigente, se encuentra regulada en el artículo 41 quinquies y prevé: *“Cuando alguno de los delitos previstos en este Código hubiere sido cometido con la finalidad de aterrorizar a la población u obligar a las autoridades públicas nacionales o gobiernos extranjeros o agentes de una organización internacional a realizar un acto o abstenerse de hacerlo, la escala se incrementará en el doble del mínimo y el máximo. Las agravantes previstas en este artículo no se aplicarán cuando el o los hechos de que se traten tuvieren lugar en ocasión del ejercicio de derechos humanos y/o sociales o de cualquier otro derecho constitucional.”*

Esta última ley también incorporó al artículo 306 del Código Penal la figura del financiamiento del terrorismo. Este artículo, también vigente, dispone lo siguiente: *“1. Será reprimido con prisión de cinco (5) a quince (15) años y multa de dos (2) a diez (10) veces del monto de la operación, el que directa o indirectamente recolectare o proveyere bienes o dinero, con la intención de que se utilicen, o a sabiendas de que serán utilizados, en todo o en parte: a) Para financiar la comisión de un delito con la finalidad establecida en el artículo 41 quinquies; b) Por una organización que cometa o intente cometer delitos con la*

*finalidad establecida en el artículo 41 quinquies; c) Por un individuo que cometa, intente cometer o participe de cualquier modo en la comisión de delitos con la finalidad establecida en el artículo 41 quinquies. 2. Las penas establecidas se aplicarán independientemente del acaecimiento del delito al que se destinara el financiamiento y, si éste se cometiere, aún si los bienes o el dinero no fueran utilizados para su comisión. 3. Si la escala penal prevista para el delito que se financia o pretende financiar fuera menor que la establecida en este artículo, se aplicará al caso la escala penal del delito que se trate. 4. Las disposiciones de este artículo regirán aún cuando el ilícito penal que se pretende financiar tuviere lugar fuera del ámbito de aplicación espacial de este Código, o cuando en el caso del inciso b) y c) la organización o el individuo se encontraren fuera del territorio nacional, en tanto el hecho también hubiera estado sancionado con pena en la jurisdicción competente para su juzgamiento.”*

Tal como se expuso, estos tres artículos citados<sup>[255]</sup> fueron incorporados en el año 2011 y hasta el momento de realizar este trabajo permanecen sin variaciones. Sin embargo, el proyecto de ley enviado al Congreso de la Nación, al que nos referiremos en los siguientes apartados, propone una serie de modificaciones relevantes -o no- que deben ser analizadas.

Desde nuestro punto de vista existen diversas razones que motivan el envío del proyecto en cuestión. En primer lugar, respecto al tipo penal de lavado de activos, la escasa cantidad de condenas registradas. Esta circunstancia pone de manifiesto la ineficacia del sistema integral de prevención, investigación y persecución de este delito e implica la necesidad de realizar algunas modificaciones. Sólo a modo de resumen, en el año 2012 se registraron 2 condenas por el tipo incorporado por la ley 25.246; en 2013, 2014 y 2015 no se registraron condenas; en 2016 se registraron 19 condenas por el tipo incorporado por la ley 25.246; en 2017 se registró 1 condena por la ley 25.246 y 2

condenas en la categoría “Delitos contra el orden económico y financiero”; en 2018 se registraron 6 condenas en la categoría “Delitos contra el orden económico y financiero”<sup>[256]</sup>.

La segunda razón es que para el año 2024 está prevista una nueva Evaluación Mutua<sup>[257]</sup> del Grupo de Acción Financiera Internacional, consistente en una revisión efectuada por los propios Estados parte de los sistemas y mecanismos que se han creado en cada país miembro para la prevención y el combate de lavado de activos y financiamiento del terrorismo.<sup>[258]</sup> Probablemente esta sea una cuestión que pone en apuros a las autoridades argentinas. Esto se debe a que, al menos desde el punto de vista de la eficacia (como se señaló más arriba), todo indicaría que la evaluación no obtendrá el resultado deseado.

Con relación a la propuesta de modificación de los artículos 41 quinquies y 306 del Código Penal, lo cierto es que se trata de tipos penales que aparecieron de manera más o menos reciente, no solamente en Argentina (vigentes desde el 2011) sino que también en el plano internacional<sup>[259]</sup>.

Tal circunstancia, supone la necesidad de adaptar estos tipos penales conforme la experiencia y la práctica de nuestro país, como así también las modificaciones que se vienen sucediendo a nivel mundial. En términos generales, es muy común -y hasta deseable- que legislaciones de este tipo, que regulan figuras complejas que presentan una multiplicidad de elementos (normativos, descriptivos etc.), se modifiquen al poco tiempo de su aparición, no sólo para mejorar la eficacia de la aplicación de las mismas sino también para así garantizar una aplicación de la figura en armonía con la Constitución Nacional, los tratados internacionales y con el resto de la legislación vigente.

Al mismo tiempo, la particular circunstancia de que se trate de maniobras en las que muchas veces presentan situaciones delictivas en diferentes países que conforman

una sola maniobra requiere que, en la medida de lo posible, las legislaciones se encuentren armonizadas entre sí y, por ello, se vayan actualizando.

Sin embargo, no nos referimos aún quizás al motivo principal que impulsó esta propuesta de reforma legislativa. En tal sentido, el 4 de marzo de 2022 el Poder Ejecutivo envió al Congreso de la Nación el Programa de Facilidades Extendidas a efectos de refinanciar la deuda existente entre la República Argentina y el Fondo Monetario Internacional, correspondiente al Acuerdo Stand By suscripto en el 2018. Uno de los puntos principales de este acuerdo indica que: *“Fortalecimiento de la resiliencia financiera. Aunque los bancos comerciales se mantienen líquidos y bien capitalizados, continuará la estricta supervisión bancaria, sobre todo tras la flexibilización en la aplicación de las normas relacionadas con la pandemia. Para salvaguardar mejor la estabilidad financiera, estamos tomando medidas con el objetivo de i) desalentar el uso de criptomonedas con miras a prevenir el lavado de dinero, la informalidad y la desintermediación...”*.

Asimismo, entre los compromisos asumidos con el organismo referido se indicó: *“Continuaremos reforzando nuestros marcos ALD/LFT para garantizar el cumplimiento con las normas internacionales y apoyar nuestros esfuerzos contra la corrupción. Con miras a la evaluación de ALD/LFT de 2023 a cargo del Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI), y con el respaldo del FMI, hemos elaborado un plan de acción para: i. Finalizar y adoptar la evaluación nacional de riesgo de lavado de dinero (LD) para fines de junio de 2022 y unificar los resultados con las evaluaciones ya finalizadas sobre financiamiento del terrorismo (FT), y divulgarlos con las partes interesadas en el régimen ALD/LFT para elaborar estrategias de mitigación. La publicación de una Estrategia Nacional ALD/LFT está prevista para fines de septiembre de 2022 (parámetro de referencia estructural), con recomendaciones para mitigar los riesgos, las*

*vulnerabilidades y los peligros indicados en las evaluaciones nacionales del riesgo. ii. Modificar, de acuerdo al estándar internacional, y tomando en cuenta la opinión de expertos, académicos, instituciones de la sociedad civil, y el personal técnico del FMI, las leyes de encubrimiento de lavado de activos de origen delictivo (Ley 25.246), entre otras cosas para fortalecer el régimen de sanciones, la lista de entidades declarantes sujetas a obligaciones de ALD/LFT, las medidas preventivas aplicables a las entidades declarantes, y los requisitos de las entidades jurídicas y los acuerdos jurídicos de obtener, mantener y actualizar la información sobre la identidad de los usufructuarios finales en los registros de las empresas. Elevaremos la reforma de la legislación al Congreso para fines de mayo de 2022 (parámetro de referencia estructural), a fin de que pueda examinarla en el curso del año. Paralelamente, la UIF avanzará en la preparación de las resoluciones necesarias de aplicación, incluido en lo relacionado con las instituciones sin fines de lucro declarantes, para facilitar la implementación plena y sin tardanza del nuevo proyecto de legislación...”.*

De igual manera, se sostuvo que otro de los compromisos sería el de: *“ii. Modificar, de acuerdo al estándar internacional, y tomando en cuenta la opinión de expertos, académicos, instituciones de la sociedad civil, y el personal técnico del FMI, las leyes de encubrimiento de lavado de activos de origen delictivo (Ley 25.246), entre otras cosas para fortalecer el régimen de sanciones, la lista de entidades declarantes sujetas a obligaciones de ALD/LFT, las medidas preventivas aplicables a las entidades declarantes, y los requisitos de las entidades jurídicas y los acuerdos jurídicos de obtener, mantener y actualizar la información sobre la identidad de los usufructuarios finales en los registros de las empresas. Elevaremos la reforma de la legislación al Congreso para fines de mayo de 2022 (parámetro de referencia estructural), a fin de que pueda examinarla en el curso del*

año. Paralelamente, la UIF avanzará en la preparación de las resoluciones necesarias de aplicación, incluido en lo relacionado con las instituciones sin fines de lucro declarantes, para facilitar la implementación plena y sin tardanza del nuevo proyecto de legislación. El estándar internacional del GAFI determina que los países deben identificar, evaluar y entender los riesgos de lavado de activos y financiamiento del terrorismo, debiendo tomar acción para la coordinación interna respecto de acciones dirigidas a mitigar esos riesgos. La REPÚBLICA ARGENTINA se encuentra elaborando la Evaluación Nacional de Riesgo (ENR) de Lavado de Activos con la asistencia técnica del Banco Interamericano de Desarrollo (BID), cuya coordinación la lleva el “Comité de coordinación para la prevención y lucha contra el lavado de activos, la financiación del terrorismo y la proliferación de armas de destrucción masiva”, que funciona en el ámbito del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Su conclusión, prevista para junio del presente año, permitirá aplicar un enfoque basado en riesgo a cada una de las políticas de Estado a fin de orientar la asignación y priorización de recursos de manera estratégica. Asimismo, el enfoque basado en riesgo guiará al sector privado en la administración y mitigación de riesgos de manera eficiente como un aliado del Estado para prevenir y combatir el lavado de activos, el financiamiento del terrorismo y la proliferación de armas de destrucción masivas. Cabe señalar que nuestro país aprobó en noviembre de 2019 un primer Informe de Evaluación Nacional de Riesgos de Financiación del Terrorismo y de la Proliferación de Armas de Destrucción Masiva (ENR-FTPADM) que contó con la asistencia del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD). Dada la distancia temporal que existirá entre este informe y la fecha de evaluación del país ante el GAFI, se espera revisar la ENR-FTPADM con el objeto de realizar su actualización. Cabe destacar que, luego de aprobarse la Evaluación Nacional de Riesgos de Lavado de

*Activos y de la actualización prevista de la Evaluación del Financiación del Terrorismo y de la Proliferación de Armas de Destrucción Masiva (ENR-FTPADM), deberán comprometerse esfuerzos en el diseño y ejecución de una Estrategia Nacional que contemple la mitigación de los riesgos identificados en ambos documentos. La reforma legislativa de la ley 25.246 es una necesidad imperiosa del país que ha sido planteada en distintos momentos por diversos actores de diferentes sectores, del académico, el sector privado, y el sector público. El mayor impulso de esa necesidad radica en la adecuación del marco jurídico del país para lograr mayor eficacia en la prevención y persecución de los delitos de lavado de activos, financiamiento del terrorismo y financiamiento a la proliferación de armas de destrucción masiva. Una reforma del marco normativo bien diseñada posibilitará instrumentar los mecanismos que aseguren un mejor cumplimiento técnico y efectividad, ante el proceso de evaluación de la metodología del GAFI. El proyecto de ley de reforma será presentado para su tratamiento por el Poder Legislativo en abril del presente ejercicio y se centrará, entre otros temas, en los siguientes aspectos centrales:*

*A. Sanciones Se prevé modificar la gama de sanciones de tipo administrativo de potestad de la Unidad de Información Financiera (UIF), a efectos de lograr mayor eficacia, proporcionalidad y poder de disuasión. Entre las principales reformas se encuentra la modificación del modo de cálculo del valor de las multas a fin de evitar su depreciación económica, y la determinación de un esquema de sanciones más amplio.*

*B. Inventario de Sujetos Obligados y medidas preventivas aplicables En virtud de que faltan incorporar como Sujetos Obligados a algunas de las Actividades y Profesiones no Financieras Designadas (APNFD) establecidas en el glosario de GAFI, corresponde que por una norma de rango legislativo se incorporen como sujetos obligados a los proveedores de servicios societarios y fiduciarios y abogados/as, así como determinar la*



*regulación de las medias preventivas conforme a un Enfoque Basado en Riesgo. C. Identificación de Beneficiarios Finales El estándar internacional determina que los países deben contar con mecanismos para la identificación de beneficiarios finales tanto de personas jurídicas como de estructuras jurídicas, para impedir que sean utilizadas indebidamente para propósitos criminales. En este sentido resulta relevante tener en cuenta que la información debe ser adecuada, precisa, actualizada, y remitirse en tiempo oportuno a las autoridades competentes, sin impedimentos. Su abordaje en la ley brindará una base legal homogénea y la obligación de mantener la información del beneficiario final en cada registro a nivel federal o provincial, según corresponda. En dicho marco, es importante avanzar en las acciones orientadas a poner a disposición de la ciudadanía la información de gobierno y, en particular, aquella sobre los beneficiarios finales de las empresas adjudicatarias de contratos COVID por parte de la administración pública nacional, en el marco de la normativa vigente.”*

De este modo, se pone de manifiesto que el envío de proyecto de reforma en cuestión (31 de mayo de 2022) tuvo directa relación con los compromisos asumidos con el Fondo Monetario Internacional en el Programa de Facilidades Extendidas a efectos de refinanciar la deuda existente entre nuestro país y el FMI, correspondiente al Acuerdo Stand By suscripto en el 2018.

Si bien nos referiremos a esta cuestión hacia el final de este trabajo, no deja de asombrar la particular circunstancia de que, en todas las oportunidades en las que se modificó la legislación vinculada a la temática en cuestión, puede observarse una directa e inmediata relación entre tal reforma y algún interés vinculado o a la suscripción de un acuerdo o a la obtención de financiación por parte de organismos internacionales.

### **III. La propuesta de modificación de los delitos de terrorismo (41 quinquies), lavado de activos (303) y financiamiento del terrorismo (306)<sup>[260]</sup>**

Dicho esto, nos concentraremos ahora en analizar las modificaciones que propone el proyecto de ley enviado al Congreso por el Poder Ejecutivo. En particular, se analizará lo atinente a los delitos de terrorismo, lavado de activos y financiamiento del terrorismo.

El artículo 1 del proyecto de ley bajo análisis propone sustituir el artículo 41 quinquies actual del Código Penal por el siguiente: *“Cuando alguno de los delitos previstos en este Código, en leyes especiales y en las leyes que incorporen tipos penales previstos en convenciones internacionales vigentes en la REPÚBLICA ARGENTINA hubiere sido cometido con la finalidad de aterrorizar a la población u obligar a las autoridades públicas nacionales o gobiernos extranjeros o agentes de una organización internacional a realizar un acto o abstenerse de hacerlo, la escala se incrementará en el doble del mínimo y el máximo. Las agravantes previstas en este artículo no se aplicarán cuando el o los hechos de que se traten tuvieren lugar en ocasión del ejercicio de derechos humanos y/o sociales o de cualquier otro derecho constitucional”*.

El artículo 41 quinquies actual agrava, en principio, cualquier delito del Código Penal cuando es cometido con alguna de las ultra finalidades allí previstas. Sin embargo, como es sabido, por las características propias de la legislación argentina, no todas las conductas punibles se encuentran tipificadas en el Código Penal de la Nación, por lo que hay una serie de delitos que escapan de los efectos de este artículo. Es el caso de los delitos previstos en leyes especiales y convenciones internacionales.

Precisamente, lo que se agrega en este caso es la expresión *“en leyes especiales y en las leyes que incorporen tipos penales previstos en convenciones*

*internacionales vigentes en la REPÚBLICA ARGENTINA*". Esta aclaración no resulta menor. La interpretación literal del artículo podría generar controversias tanto en la jurisprudencia como en la doctrina en torno a que sólo podría aplicarse la cláusula en cuestión a los delitos tipificados estrictamente en el Código Penal.

Piénsese, por ejemplo, en el caso de delitos previstos en leyes especiales como el contrabando (Ley 22.415), delitos vinculados con drogas (Ley 23.737) o en delitos previstos en el estatuto de la Corte Penal Internacional. Estos delitos podrían cometerse con las ultra finalidades contenidas en el artículo 41 quinquies y, sin embargo, quedar fuera del alcance del agravante.

Si bien la aclaración no resulta menor y en términos de técnica legislativa resulta deseable que el legislador sea el encargado de establecer dichas cuestiones creemos que existen diferentes mecanismos y herramientas interpretativas que permitirían, eventualmente, saldar tal discusión sin necesidad de modificar el artículo referido.

El artículo 2 propone sustituir el texto del artículo 303 del Código Penal por el siguiente: "*1) Será reprimido con prisión de TRES (3) a DIEZ (10) años y multa de DOS (2) a DIEZ (10) veces del monto de la operación el que convirtiere, transfiriere, administrare, vendiere, gravare, adquiriere, disimulare o de cualquier otro modo pusiere en circulación en el mercado, fondos u otros activos provenientes de un ilícito penal, con la consecuencia posible de que el origen de los bienes originarios o los subrogantes adquieran la apariencia de un origen lícito, y siempre que su valor supere la suma de PESOS TRESCIENTOS MIL (\$300.000), sea en un solo acto o por la reiteración de hechos diversos vinculados entre sí. 2) La pena prevista en el inciso 1) será aumentada en un tercio del máximo y en la mitad del mínimo en los siguientes casos: a) Cuando el autor realizare el hecho con habitualidad o como miembro de una asociación o banda formada para la comisión continuada de hechos de esta*

*naturaleza; b) Cuando el autor fuera funcionario público que hubiera cometido el hecho en ejercicio u ocasión de sus funciones. En este caso, sufrirá además pena de inhabilitación especial de TRES (3) a DIEZ (10) años. La misma pena sufrirá el que hubiere actuado en ejercicio de una profesión u oficio que requieran habilitación especial. 3) El que recibiere o poseyere bienes u otros activos provenientes de un ilícito penal, con el fin de hacerlos aplicar en una operación de las previstas en el inciso 1), que les dé la apariencia posible de un origen lícito será reprimido con la pena de prisión de SEIS (6) meses a TRES (3) años. 4) Si el valor de los bienes no superare la suma indicada en el inciso 1), el autor será reprimido con la pena de prisión de SEIS (6) meses a TRES (3) años. 5) Las disposiciones de este artículo regirán aun cuando el ilícito penal precedente hubiera sido cometido fuera del ámbito de aplicación espacial de este Código, en tanto el hecho que lo tipificara también hubiera estado sancionado con pena en el lugar de su comisión”.*

En contraposición con el artículo anterior, esta nueva propuesta normativa sugiere algunas modificaciones que podrían resultar sumamente relevantes en la práctica.

A modo de resumen, al inciso 1 se agrega el verbo típico “*adquiriere*” y se modifica la expresión “*bienes*” por “*fondos u otros activos*”. Respecto del inciso 3 se agrega el verbo típico “*poseyere*”. A continuación, veremos los aspectos centrales de tales modificaciones.

En primer lugar, el tipo penal del artículo 303 enuncia una serie de verbos típicos que finalizan con la siguiente frase: “*o de cualquier otro modo pusiere en circulación en el mercado*”. El término “*de cualquier otro modo*” nos da la pauta de que los verbos allí expuestos (“*convirtiere, transfiriere, administrare...*”) son formas de poner en circulación en el mercado. Eso quiere decir que la conducta típica genérica en el delito de lavado de activos sería la de poner en circulación en el mercado de cualquier modo<sup>[261]</sup>.

Dicho esto, la incorporación del verbo "*adquiriere*" no ampliaría, por sí misma, el universo de verbos típicos, sino que funcionaría como una suerte de advertencia acerca de que es posible poner en circulación en el mercado, simplemente adquiriendo.

Ahora bien, para que termine de configurarse el delito de lavado de activos es necesario que con la realización del verbo típico *los fondos u otros activos* obtengan la apariencia posible de haber sido obtenidos por medios lícitos.

La incorporación del verbo "adquiriere" parece pretender alcanzar aquellos casos en los que sumas de dinero obtenido ilícitamente se incorporan a enormes patrimonios lícitos. Estos casos también resultarían ser, conforme esta nueva propuesta legislativa, una maniobra de lavado en sí mismas debido a que la suma ilícita se diluiría en el enorme caudal de dinero lícito que circula en ese patrimonio, y de esta manera permitiría sortear los controles correspondientes, al otorgar de dicha forma una suerte de "apariencia de licitud" al dinero proveniente de un ilícito penal.

En segundo lugar, la expresión "*bienes*" se refiere, como lo señala la doctrina, a los fondos de origen delictivo y este concepto debe ser lo suficientemente amplio para abarcar cualquier objeto, activo o valor económico, materiales e inmateriales, sea dinero, o cualquier otro tipo de bien o derecho<sup>[262]</sup>.

El reemplazo de la expresión "*bienes*" por una mucho más amplia como lo es "*fondos u otros activos*" se dirige claramente a incrementar su alcance. En nuestra opinión, esta modificación podría estar directamente vinculada con las recientes disposiciones del Grupo de Acción Financiera Internacional para incluir en estas categorías a las criptomonedas.

El uso de *criptoactivos* con fines criminales ha ido en aumento desde el momento de su aparición y, según la Unidad Fiscal Especializada en Ciberdelincuencia del

Ministerio Público Fiscal de la Nación, la pandemia del COVID-19 ha generado que este proceso acelere considerablemente<sup>[263]</sup>. Esta tecnología, en algunos casos, dificulta el rastreo del origen y determinación de la titularidad de los fondos<sup>[264]</sup>. Según el GAFI, estos han sido utilizados en múltiples delitos, entre los que se encuentran el lavado de activos y el financiamiento del terrorismo. Uno de los tipos más comunes de uso indebido, es la utilización de estos “*activos virtuales*” como técnica de estratificación de lavado de activos<sup>[265]</sup>.

Hasta hace poco tiempo, Argentina no contaba con una definición que emanara de alguna de sus instituciones para los “criptoactivos”. Hasta ese entonces, la única definición de nuestro ordenamiento jurídico provenía de un informe del GAFI que, en líneas generales, indica que las criptomonedas deben ser entendidos como “*Activos virtuales*”<sup>[266]</sup>. Recientemente, en un intento de introducirlas a la órbita de la Ley de Impuesto sobre los Bienes Personales, la AFIP dio una primera definición oficial<sup>[267]</sup>.

En efecto, consideramos que si lo que se pretendía era incrementar el alcance de la expresión bienes, para incluir nuevos activos, como lo son criptomonedas, la modificación supone un valioso aporte a tales fines. Sobre todo, teniendo en cuenta que seguramente se planteen en la jurisprudencia este tipo discusiones en los próximos años.

En otro orden de ideas, como dijimos, en el inciso 3) se agrega el verbo típico “*poseyere*”. Antes que nada, y teniendo en consideración que la expresión poseer ha sido ampliamente discutida en el marco del Derecho Civil, cabe referirnos al artículo 1909 del reciente Código Civil y Comercial que indica, de manera contundente que: “*Hay posesión cuando una persona, por sí o por medio de otra, ejerce un poder de hecho sobre una cosa, comportándose como titular de un derecho real, lo sea o no*”. Dicha aclaración deviene relevante porque, en el marco del lavado de activos, no sería necesario entonces que la

persona que posea en los términos del inciso 3 referido, sea titular del derecho real sobre la cosa, sino que solamente se comporte como tal, ejerciendo poder de hecho sobre la cosa en cuestión.

Quizás, detrás de la incorporación de este nuevo verbo típico al inciso 3 se encuentre una de las modificaciones más importantes de este nuevo proyecto de reforma. Veamos. Si bien el autolavado es punible para el caso del inciso 1 desde de la supresión de la cláusula de exclusión del partícipe del delito precedente en la reforma del año 2011, la incorporación del verbo "*poseyere*" extendería la posibilidad de perseguir el autolavado en la órbita del inciso 3, pues nunca podría quien comete el delito anterior recibir lo mismo que produce.

En esa línea, podría sostenerse que la incorporación del verbo poseer, permitiría la imputación de autolavado en los términos del inciso 3 únicamente con la demostración de la ultrafinalidad de lavar, sin que sea necesaria la existencia de una maniobra "*con la consecuencia posible*" de que su origen obtenga apariencia de licitud.

Tampoco debe pasarse por alto que el proyecto mantiene el monto establecido en el inciso 1. En la realidad inflacionaria de nuestro país, sin lugar a dudas, mantener un monto fijo en pesos no tiene ningún sentido (actualmente el monto mínimo de la figura agravada es de \$300.000<sup>[268]</sup>). Aunque no resulta objeto de este trabajo analizar tal cuestión, no debe dejar de decirse que quizás sea hora de que el legislador intente regular el monto a través de otro mecanismo, o bien actualizarlo periódicamente, aunque sabemos que ello puede ser muy engorroso debido a las dificultades que se presentan en el Congreso de la Nación a la hora de modificar disposiciones del Código Penal que complementan leyes de estas características. No obstante, consideramos que es algo que podría corregirse en comisión. Lo que sí está claro es que de esta manera, es decir, manteniendo el monto en 300.000

pesos se está avanzando de manera desmedida sobre un universo de casos que no pueden ser objeto de imputación.

Con relación específicamente al artículo 306 del Código Penal que prevé el delito de financiamiento del terrorismo, el artículo 3 del proyecto de ley prevé la sustitución del artículo vigente, por el siguiente: *“1. Será reprimido con prisión de CINCO (5) a QUINCE (15) años y multa de DOS (2) a DIEZ (10) veces del monto de la operación el que directa o indirectamente recolectare o proveyere fondos u otros activos, de fuente lícita o ilícita, con la intención de que se utilicen, o a sabiendas de que serán utilizados, en todo o en parte: a) Para financiar la comisión de un delito con la finalidad establecida en el artículo 41 quinquies; b) Por una organización que cometa o intente cometer delitos con la finalidad establecida en el artículo 41 quinquies; c) Por un individuo que cometa, intente cometer o participe de cualquier modo en la comisión de delitos con la finalidad establecida en el artículo 41 quinquies; d) Para financiar, para sí o para terceros, el viaje o la logística de individuos y/o cosas a un Estado distinto al de su residencia o nacionalidad, o dentro del mismo territorio nacional, con el propósito de perpetrar, planear, preparar o participar en delitos con la finalidad prevista en el artículo 41 quinquies; e) Para financiar, para sí o para terceros, la provisión o recepción de entrenamiento para la comisión de delitos con la finalidad prevista en el artículo 41 quinquies. 2. Las penas establecidas se aplicarán independientemente del acaecimiento del delito al que se destinara el financiamiento y si este se cometiere, aún si los bienes o el dinero no fueran utilizados para su comisión. 3. Si la escala penal prevista para el delito que se financia o pretende financiar fuera menor que la establecida en este artículo, se aplicará al caso la escala penal del delito de que se trate. 4. Las disposiciones de este artículo regirán aun cuando el ilícito penal que se financia o se pretende financiar tuviere lugar fuera del ámbito de aplicación espacial de este Código, o cuando en el caso de los incisos b) y c) la*



*organización o el individuo se encontraran fuera del territorio nacional, en tanto el hecho también hubiera estado sancionado con pena en la jurisdicción competente para su juzgamiento”.*

En este caso, nuevamente se reemplaza la expresión “*bienes o dinero*” por “*fondos u otros activos*”<sup>[269]</sup>. Por otra parte, se agrega que esos “*fondos u otros activos*” pueden ser de fuentes lícita o ilícita. Si bien actualmente la normativa no se refiere a tal cuestión, es decir, a la licitud o la ilicitud de los fondos que se “*recolectan*” y/o “*proveen*”, lo cierto es que la nueva reforma, suponemos, intenta zanjar la cuestión vinculada a que, por su estrecha vinculación con el tipo penal de lavado de activos -que requiere la ilicitud de los fondos-, podría interpretarse de la legislación actual que lo mismo aplica en el caso del delito de financiamiento del terrorismo.

Por otra parte, se agregan los incisos d) y e) que indican “*d) Para financiar, para sí o para terceros, el viaje o la logística de individuos y/o cosas a un Estado distinto al de su residencia o nacionalidad, o dentro del mismo territorio nacional, con el propósito de perpetrar, planear, preparar o participar en delitos con la finalidad prevista en el artículo 41 quinquies*” y “*e) Para financiar, para sí o para terceros, la provisión o recepción de entrenamiento para la comisión de delitos con la finalidad prevista en el artículo 41 quinquies.*”.

Los incisos d) y e) prevén expresamente la posibilidad de que la recolección o provisión sea para uno mismo. De esta manera, queda claro que también resultaría punible el autofinanciamiento del terrorismo, al mismo tiempo que se incorporarían expresamente dos nuevos supuestos vinculados con la movilidad y el entrenamiento, elementos fundamentales para la persistencia y durabilidad de las organizaciones terroristas<sup>[270]</sup>.

No puede pasarse por alto que resultaría algo absurdo “proveer” para uno mismo. En tal sentido, creemos que

estos incisos aplicarían solamente para el caso de la recolección.

Extrañamente, en el punto 2 se mantiene la expresión “*bienes o el dinero*” cuando en el punto 1 se había modificado por “*fondos u otros activos*”. Aunque probablemente se trata de un simple error de redacción, no queda claro si tal diferenciación posee alguna otra finalidad. De cualquier modo, no encontramos sentido a esta omisión.

## IV. Conclusiones

En los anteriores apartados repasamos las regulaciones en materia de lavado de activos, terrorismo y su financiamiento, a lo largo de los últimos treinta años.

Luego, nos centramos en las modificaciones más relevantes en materia penal que propone el proyecto de ley enviado al Congreso de la Nación el pasado 31 de mayo. Allí observamos que algunas modificaciones resultan ser pautas interpretativas de definiciones terminológicas que persiguen el fin de establecer con mayor claridad qué conductas o qué activos quedan sujetos al texto de la norma. En cambio, otras de las modificaciones son más que relevantes y podrían generar un alto impacto en la práctica.

El inciso 3 del artículo 303 no cuenta con una cláusula de exclusión del partícipe del delito precedente, pero puede deducirse de su lectura que no está dirigido contra quien produce los bienes ilícitos ya que no es posible “*recibir*” de alguien más lo que uno mismo produce. Sin embargo, la incorporación del verbo “*poseyere*” supondría un cambio de paradigma en donde quien posea bienes de origen ilícito con la finalidad de hacerlos aplicar a una operación de lavado de activos se encontraría cumpliendo el tipo, incluso si es quien los produjo. Es decir, nos encontramos ante un proyecto que propone un adelantamiento punitivo del autolavado. En este punto, entendemos que la sanción en

ley del proyecto reviviría el debate en torno a la afectación del *ne bis in idem* y a lo que debe entenderse por lavado de activos.

Con relación a las razones que motivaron el proyecto en cuestión dijimos que principalmente, se evidencia una conexión directa con el acuerdo convenido con el Fondo Monetario Internacional. Quizás tal conexión haya sido la impulsora de este proyecto que parece haber sido presentado de manera algo prematura, o al menos sin analizar algunas cuestiones de fondo.

No obstante, como dijimos al principio, también existen otras razones: a) la ineficacia del sistema argentino y b) la proximidad de la evaluación mutua con el Grupo de Acción Financiera Internacional el año entrante.

Si bien algunas de las modificaciones resultan atinadas, creemos que se ha desperdiciado una nueva oportunidad de discutir en profundidad algunas cuestiones trascendentales (ver cit. 3 y 4) en la materia, que siguen enfrentando a la doctrina y a la jurisprudencia y que probablemente sean causantes en parte de la falta de eficacia del sistema normativo en nuestro país.

# EL DELITO FISCAL, LA DEFRAUDACIÓN TRIBUTARIA Y LA ACTIVIDAD DELICTIVA PRECEDENTE DEL LAVADO DE DINERO EN ALEMANIA

María Eugenia Escobar Bravo\*

## I. Introducción

El delito de lavado de dinero (en alemán *Geldwäsche*) previsto en el § 261 StGB fue introducido en el Código Penal alemán (*Strafgesetzbuch*, en adelante: § 261 StGB) por la “*Ley para combatir el tráfico ilegal de estupefacientes y otras formas de aparición de la criminalidad organizada*”<sup>[271]</sup>, la cual fue promulgada el 15 de julio de 1992.<sup>[272]</sup> Después que dicha disposición en su versión original demostrara no ser suficientemente eficaz para combatir la delincuencia organizada,<sup>[273]</sup> el delito se fue ampliando a lo largo de los años.<sup>[274]</sup> A partir del 18 de marzo de 2021<sup>[275]</sup>, entró en vigor la “*Ley de Mejora en materia penal de lucha contra el lavado de dinero*” (*Gesetz zur Verbesserung der strafrechtlichen Bekämpfung der Geldwäsche*), la ley, fue aprobada por el Bundestag alemán el 11 de febrero de 2021 y por el Bundesrat el 5 de marzo de 2021, la nueva versión del § 261 StGB<sup>[276]</sup> ha modificado nuevamente de forma integral el delito de lavado de dinero, la cual tiene como base y desarrolla la implementación de

la Directiva Europea (UE)18/1673<sup>[277]</sup> del Parlamento Europeo y del Consejo de Europa. El principal objetivo de la ley es la reorganización del delito de lavado de dinero (§ 261 StGB). Las innovaciones pretenden intensificar en el futuro los mecanismos represivos de lucha contra el lavado de dinero. En este sentido, el concepto más aceptado de lavado de dinero es la reintroducción del dinero sucio o ilegal en el ciclo económico y financiero legal. El dinero ilegal es el resultado de actividades ilegales (por ejemplo, tráfico de drogas o armas, posiblemente también evasión de impuestos) o está destinado a financiar actividades ilegales. Así, los bienes o derechos son a menudo objeto de evasión fiscal.

Como se ha mencionado anteriormente la versión original del delito de lavado de dinero en Alemania se remonta a 1992.<sup>[278]</sup> En aquel momento, no se hacía referencia, ni a delitos de contrabando (o relacionados a aduanas), ni a los delitos fiscales (o relacionados a la hacienda pública). Ante la creciente expansión de los delitos aduaneros y fiscales, el delito de lavado de dinero fue objeto de nuevos cambios.

El § 261 StGB tipifica como delito, al igual que antes, la conducta que contribuye a que los bienes obtenidos ilegalmente den la apariencia de un origen legítimo. Además de la modificación del tipo básico y la introducción de un nuevo delito calificado, el legislador ha introducido, entre otras cosas, como se verá más adelante en el apartado (IV) del presente trabajo una limitación de la responsabilidad penal de los asesores fiscales, abogados defensores en relación a la aceptación de honorarios. Además, la pena del delito base ya no prevé un aumento de la pena mínima de privación de libertad, es decir, ahora prevé una pena de hasta cinco años de prisión, en lugar de la anterior de tres meses a cinco años de prisión.

De todas formas, esta nueva versión del § 261 StGB plantea problemas no solo de gran alcance en la práctica, sino también a nivel constitucional. Este análisis

precisamente desarrollará no solo los nuevos cambios actuales sino las críticas doctrinales al tipo penal de lavado de dinero, que se refieren a la reforma llevada a cabo por el legislador alemán del tipo penal de lavado y abordan los cambios normativos en especial de la aplicación de la Directiva Europea (UE) 2018/1673.

## **II. El tipo objetivo del lavado de dinero**

### *2.1. El catálogo de delitos precedentes*

El cambio más importante de la modificación del tipo penal en el año 2021, ha sido la supresión del catálogo de delitos (sinónimo: ilícitos) precedente (sinónimo antecedente o subyacente). La consecuencia de este cambio, es que a partir de ahora, cualquier delito (menor) es un delito precedente adecuado al lavado de dinero, lo que amplía considerablemente el ámbito de aplicación. Con la supresión del catálogo anterior (derogado) de delitos precedentes, el legislador espera que la ampliación del ámbito de aplicación de la disposición mejore la persecución del lavado de dinero y ha realizado un cambio de paradigma hacia el “enfoque de sospecha hacia todos los delitos”, de modo que ahora todos los delitos pueden considerarse como delitos precedentes adecuados para el lavado de dinero.

Con ello, el legislador va deliberadamente más allá de los requisitos mínimos de la Directiva Europea (UE) 18/1673 para intensificar la persecución del lavado de dinero. En particular, pretende facilitar la presentación de pruebas.<sup>[279]</sup> Parece dudoso que la nueva normativa pueda lograr este objetivo<sup>[280]</sup> y habrá que observar que sucede en el futuro. Además, la considerable ampliación del tipo penal, ya ampliamente definido, no es constitucionalmente

inobjetable<sup>[281]</sup>, especialmente en combinación con la disposición sobre la imprudencia § 261 (6) StGB.<sup>[282]</sup>

En un principio las conductas del delito de encubrimiento y receptación, eran consideradas afines al lavado de dinero, ya que el objetivo principal ha pretendido ser el salvaguardar y proteger la tarea de la Administración de Justicia en su tarea de incriminar la ocultación de los bienes o efectos del delito, con la intención de descubrir a las organizaciones criminales que se encuentran detrás de tales actividades delictivas<sup>[283]</sup>. Pero es una problemática muy extendida y recurrente en especial los intentos de restricción de la normativa del tipo penal, no solo por la indeterminación de los criterios empleados, sino la ausencia de unidad sobre el bien jurídico protegido del lavado de dinero. Así se llega al resultado que solo se puede partir de bienes jurídicos ampliamente concebidos, llegando incluso con el interés de decomisar (o incautar) bienes contaminados de llegar al extremo de considerar el bien jurídico de la *protección de la administración de Justicia*, lo cual dificulta el descubrimiento del delito previamente cometido, visto que tales conductas se refieren más que nada a modalidades de ocultación y que refieren al bien protegido en el correspondiente hecho previo<sup>[284]</sup>. Al respecto el Tribunal Constitucional alemán ha criticado la “amplitud y ambigüedad” de los posibles bienes jurídicos que podrían derivarse del tipo<sup>[285]</sup>.

Esto se debe a que el legislador alemán en un principio, a través del § 261 StGB tenía por un lado, el objetivo de mejorar la persecución de las estructuras de la delincuencia organizada, y por otro, evitar la propagación de grupos delictivos organizados actúen concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos y garantizando el despojo de los beneficios económicos u otro beneficio que hayan obtenido u obtengan directa o indirectamente y a su vez aislar financieramente a quienes formen parte del entorno de la estructura. Por otra parte, con la nueva supresión del catálogo de delitos precedentes,

el legislador se aleja del objetivo original de la lucha contra la delincuencia organizada al perder el enfoque de los delitos subyacentes típicos al incluir cualquier delito (bagatelario) como delito precedente<sup>[286]</sup>.

El delito principal debe haberse cometido realmente, a través de un informe pericial se debe establecer en primer lugar si se ha cometido algún delito previo ilícito: el delito en cuestión debe haberse cometido de acuerdo con los hechos y de forma ilícita; por lo que no se requiere la comisión culposa, en cambio, no es necesario que se pruebe la culpabilidad. La tentativa punible del delito precedente también es suficiente<sup>[287]</sup>. Si hay participación en el delito antecedente, los requisitos deben ser cumplidos por el autor principal. Sin embargo, con el abandono del catálogo de delitos precedentes, se derogaron y eliminaron los obstáculos anteriores (como, por ejemplo, el carácter comercial del delito tal como se definía en el § 261, párrafo 1, n<sup>o</sup> 4 StGB, (versión derogada)<sup>[288]</sup>, que no podía estar presente sólo en el caso de un participante) <sup>[289]</sup>.

El tribunal que decide sobre la punibilidad de acuerdo al § 261 StGB tiene que determinar la existencia del respectivo delito antecedente de manera suficientemente concreta, sin estar vinculado a una posible decisión final sobre el delito antecedente por parte de otro tribunal.<sup>[290]</sup> Por otra parte, al tratarse de un delito denominado subsiguiente, los elementos objetivos del delito exigen la existencia de un delito previo ilícito. Anteriormente, sólo algunos delitos, como los crímenes, en especial los vinculados a estupefacientes, trata de seres humanos, actividades criminales terroristas o los principales delitos contra la propiedad, eran adecuados al lavado de dinero. Con la supresión del catálogo de delitos antecedentes, el legislador ha prescindido del requisito de cometer determinados delitos subyacentes en banda o con fines comerciales, como era, por ejemplo, el requisito previo para la evasión fiscal, el fraude, el robo o la malversación. A partir de ahora todos los actos ilícitos son previos,



independientemente de que se hayan cometido de forma comercial, en banda o no. Es decir, el legislador alemán ha ido así más allá de las normas mínimas de la Directiva y de las recomendaciones del Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI)<sup>[291]</sup> y ha seguido probablemente el enfoque de otros países europeos<sup>[292]</sup>.

Es decir, no es necesaria la determinación de un delito antecedente específico (como hasta ahora). Más bien, basta con probar que existen hechos o indicios que demuestran que se ha cometido un delito antecedente constitutivo e ilícito. Sin embargo, debe establecerse hasta la convicción del tribunal que el objeto del delito se deriva de uno (de posiblemente varios) delito(s) antecedente(s)<sup>[293]</sup>. Sin que sea necesario determinar con precisión de que delito se trata, de igual forma el delito precedente,<sup>[294]</sup> por tanto igualmente es irrelevante la prescripción del mismo.

La fundamentación sobre la reformulación del objeto de delito del lavado de dinero, no parece a primera vista problemática, porque solo pretende reescribir la situación jurídica actual. El término genérico del objeto (en alemán *Gegenstand*) de lavado de dinero incluye todos los objetos que tienen un valor patrimonial, e incluye el producto del delito, los productos del delito y sus respectivos sustitutos.<sup>[295]</sup> Esta estructura clara, junto con los demás ajustes, pretende simplificar el tratamiento del delito de lavado de dinero sin restringir su ámbito de aplicación. En la misma línea se ha adaptado la terminología del objeto del lavado de dinero a la reforma referente a la confiscación de activos.

Hasta ahora, el objeto de lavado de dinero se ha descrito por el origen de un objeto de un delito del catálogo ilegal. El Tribunal Supremo Federal alemán (BGH) considera en su decisión de 20 de mayo de 2015 que el elemento constitutivo del delito “objeto” § 261 (1) frase 1 del StGB incluye los bienes muebles e inmuebles, así como derechos a que se refieran los mismos.<sup>[296]</sup> La misma sentencia deja constancia que se incluyen como objetos del lavado los

créditos, los derechos de propiedad intelectual (por ejemplo, las patentes) y las participaciones en el patrimonio de la empresa o en el patrimonio común.<sup>[297]</sup> También contempla los objetos prohibidos, como los estupefacientes o la moneda falsa.<sup>[298]</sup> Además también están incluidos los medios de pago electrónicos, como los códigos “Paysafe”, Bitcoins y las monedas virtuales.<sup>[299]</sup> Por lo tanto, no es necesaria una inclusión explícita (aclaratoria) de estos objetos de lavado de dinero en los elementos del § 261 del StGB,<sup>[300]</sup> en la práctica deberá seguir basándose en la interpretación de la jurisprudencia consolidada del BGH, sobre la determinación del objeto de lavado de dinero<sup>[301]</sup>.

Por otra parte, no es necesaria la prueba de la participación en el delito antecedente haya sido probada por el imputado. En consecuencia, cualquier indicio, puede conllevar a ser autor o partícipe del lavado de dinero, incluido el propio autor o partícipe del delito antecedente.<sup>[302]</sup> Es decir, no es necesaria la demostración del acto delictivo, ni los partícipes del mismo, sino de forma genérica la comprobación de una actividad delictiva previa. Para ello, el Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI), requiere la identificación del proceso de transformación de los hechos (bienes) ilícitos (originarios) precedentes al lavado en futuros bienes que integran el mercado formal. Sobre este punto, solo una vez identificados estos aspectos, se podrá considerar su decomiso.

## *2.2. Delitos antecedentes exclusión de la pena*

Sin embargo, en este contexto, el § 261 (7) StGB, establece que un participante en el delito antecedente sólo es castigado por delito de lavado si pone el objeto en circulación y oculta así su origen ilícito. Esta causa personal de exclusión de la pena,<sup>[303]</sup> tiene por objeto evitar

la doble pena por delitos precedentes y posteriores, se basa en la idea del delito posterior coparticipable<sup>[304]</sup> y se basa en la consideración del legislador de que la mera puesta en peligro de la determinación del origen, el hallazgo o el decomiso no constituye un agravio contra el infractor predicado que vaya más allá de la indignidad del delito predicado y, por tanto, sea reprochable por separado.<sup>[305]</sup> Sólo la ocultación, es decir, las maquinaciones intencionadas y engañosas con el fin de dar a un bien la apariencia de un origen diferente (legal) o, al menos, de ocultar su verdadero origen, va más allá de la manipulación ordinaria del objeto y, por tanto, está aquejada de una indignidad independiente<sup>[306]</sup>.

No es necesario que sea el acto de otro, por lo que tanto los participantes como los cómplices del delito antecedente sean autores del § 261 StGB. Sin embargo, según el apartado (7), una persona cuya responsabilidad penal se establece debido a la participación en el delito antecedente no debe ser castigada, en general, por lavado de dinero (concepto de los coautores del delito antecedente). Sin embargo, esto no se aplica si la persona implicada en el delito antecedente pone en circulación un objeto y, al hacerlo, oculta el origen ilícito del objeto, es decir, dificulta la determinación del origen por parte de las autoridades fiscales mediante una conducta engañosa. La característica de la “puesta en circulación” debe interpretarse de la misma manera que en el tipo penal de falsificación de dinero (*Geldfäschung*, § 146 StGB);<sup>[307]</sup> esta característica también puede cumplirse si el sospechado ingresa dinero en la cuenta que mantiene a su nombre. La participación en el lavado de dinero, no es punible para el sospechoso predecesor en virtud del § 261 (7) StGB, por parte de una persona no implicada en el delito predecesor también sigue siendo punible.

Como motivo personal de exclusión de pena, el apartado (7) no afecta a los elementos constitutivos del delito, ni a la ilicitud de los actos de lavado de dinero de quienes no

hayan participado del delito antecedente. La disposición también se aplica si el delito del delito antecedente y del delito de lavado de dinero coinciden. Al respecto, el apartado (7) se aplica la regla de delitos de concurrencia.<sup>[308]</sup> El apartado (7) no exige que el delito antecedente esté consumado o se consuma al momento del delito de lavado de dinero.<sup>[309]</sup> La responsabilidad penal en virtud de otras normas no se ve afectada, por ejemplo, por la receptación de bienes robados (*Hehlerei*) § 259 StGB.

### 2.3. Delitos antecedentes cometidos en el extranjero

De conformidad con el § 261 (9) StGB, el delito antecedente, se refiere a los objetos resultantes de un acto cometido en el extranjero, es decir, los objetos de un delito cometido en el extranjero son equivalentes a los objetos según el apartado (1) si el acto fuera un acto ilícito según el derecho penal alemán y fuera punible en el lugar del delito. Por tanto, el requisito previo es que el delito principal sea punible con arreglo a la legislación alemana.<sup>[310]</sup> Además de ello, debe ser punible en el lugar de la infracción (nº 1) o será sancionado de acuerdo con uno de los mencionados reglamentos y convenios de la UE (nº 2, a-h)<sup>[311]</sup>.

El apartado (9) amplía la aplicabilidad del delito de lavado de dinero a los objetos resultantes de un delito antecedente cometido en el extranjero. Con ello se pretende tener en cuenta la interconexión internacional de los mercados financieros;<sup>[312]</sup> y aplicar los requisitos de la Directiva (UE) 2018/1673<sup>[313]</sup>. El requisito previo (al igual que antes) es que el acto cometido en el extranjero sería punible si se le aplicara el Derecho Penal alemán. En este contexto, es importante que un delito interno comparable cumpla los requisitos del apartado (1)<sup>[314]</sup>. Además, el delito cometido en el extranjero también debe ser punible en el lugar del delito (párrafo 9 nº 1). Este principio de doble

incriminación se rompe ahora en la nueva versión con un catálogo de delitos de la UE que se refieren a un total de ocho convenios europeos en el apartado (9) n° 2 letras a-h de forma extremadamente confusa. El trasfondo de esta modificación es que la Directiva de transposición (UE) 2018/1673 no permite el requisito de la doble incriminación si el delito extranjero es un acto punible según la legislación de la Unión Europea enumerada en el apartado (9) n° 2. En estos casos de actos ya calificados como delictivos por el Derecho europeo, no es necesario constatar adicionalmente que el acto es también punible en el lugar de la infracción.<sup>[315]</sup>

## *2.4. La relación de la conducta de ocultar, disimular el origen delictivo, como delito antecedente*

Sólo un objeto que se origina en un delito precedente puede considerarse como objeto del delito antecedente de lavado de dinero.<sup>[316]</sup> El enfoque decisivo es el económico, según el cual los objetos deben considerarse “ocultos” si pueden remontarse al delito principal en el sentido de una conexión causal<sup>[317]</sup> y no se basan esencialmente en la actuación de terceros<sup>[318]</sup>; aspecto que ha sido criticado por la doctrina<sup>[319]</sup>. El objeto es garantizar que también se cubra una *cadena de actos* de explotación en la que el objeto original se sustituye por otro conservando su valor.<sup>[320]</sup> De este modo, el legislador también ha querido permitir a las fuerzas del orden acceder a objetos sustitutivos (subrogados), independientemente de su adscripción a la propiedad del autor principal y de los posibles derechos de las víctimas del delito principal. La redacción de la disposición del § 261 StGB, es muy amplia y en los materiales legislativos el legislador no creó contornos claros para el contenido y los límites del elemento

*Herrühren* o “la relación con el ocultar el origen”<sup>[321]</sup> del cuál deriva el delito antecedente, por lo que los detalles de los criterios de interpretación son extremadamente controvertidos. En el punto de partida, hay que distinguir entre los objetos derivados directa e indirectamente del delito principal. Es irrelevante que el bien culpado o su sustituto siga en manos del delincuente autor del delito antecedente.<sup>[322]</sup>

Para que un objeto sea apto al tipo penal de lavado de dinero, sigue dependiendo de su origen en un acto ilícito, incluso después de la nueva redacción del delito. Por el contrario, el proyecto de ley seguía previendo un vínculo con el producto del delito.<sup>[323]</sup> Según el proyecto de ley, los sustitutos deben ser aptos para el lavado de dinero si ocupan el lugar de los productos del delito. En este contexto, debe ser importante que puedan remontarse al delito principal en el sentido de una conexión causal según el enfoque económico ya aplicable hasta ahora y que no se basen esencialmente en la actuación de terceros<sup>[324]</sup>. Tras las críticas a la redacción del proyecto de ley<sup>[325]</sup>, el legislador decidió mantener el concepto de origen. Al mantener la definición del objeto del lavado de dinero en el apartado 1, debe garantizarse que la práctica del derecho penal pueda seguir basándose en la jurisprudencia establecida del Tribunal Supremo Federal sobre la determinación del objeto del lavado de dinero<sup>[326]</sup>.

Para abordar el fenómeno de la criminalidad organizada y de acuerdo con la máxima de que no se debe permitir que el delito sea rentable, el legislador alemán a partir de 1992<sup>[327]</sup> introduce la regulación respecto a dos institutos jurídicos centrales: a) la pena sobre el patrimonio o pena patrimonial (§ 43 StGB) y b) el comiso ampliado (§ 73 StGB) y de los cuáles surge la conexión con la corrupción y la lucha contra la criminalidad organizada. La diferenciación entre la pena accesoria de privación de la propiedad de forma definitiva sobre algún bien, por decisión de un

tribunal (confiscación) y la privación definitiva del derecho de propiedad sobre cualquier bien (decomiso). [328]

Los objetos aptos para el lavado de dinero son siempre los que proceden directamente de un delito subyacente (los llamados elementos originales) los cuáles son: a) *la configuración del delito subyacente* (por ejemplo, salarios, remuneraciones, rescates) o b) *a partir del delito subyacente* (por ejemplo, bienes robados, producto de la venta de estupefacientes) (el llamado *scelere quaesita*). [329]

Los objetos producidos por el delito, por ejemplo, la falsificación de dinero o los estupefacientes fabricados efectos del delito [330] (los llamados *producta sceleris*) [331], también se derivan directamente del delito principal. Los objetos que sólo se utilizan para la comisión o la preparación del delito subyacente, pero que no se derivan de él (*instrumenta sceleris*), no constituyen un objeto idóneo de lavado de dinero. [332]

Los objetos (*sceleris instrumenta*) que sólo se utilizan como instrumento para la comisión o la preparación del delito subyacente, pero que no se derivan de él, no constituyen un objeto idóneo de un delito de lavado de dinero. Pueden ser confiscados § 74 (1) StGB, pero no se derivan del delito principal. Los objetos que resultan directamente del delito predicado siempre permanecen marcados y, por lo tanto, están permanentemente contaminados. [333]

En principio, los objetos que se derivan indirectamente del delito precedentes (beneficios, sucedáneos) también son objetos adecuados para el lavado de dinero [334]. El enfoque económico es decisivo en este caso [335]. En consecuencia, son aptos para el lavado de dinero los objetos que, desde el punto de vista económico, han ocupado el lugar del objeto original como resultado de varios procesos de intercambio y transformación [336]. La modificación del valor del objeto de sustitución en comparación con el obtenido originalmente es irrelevante [337].

Existen considerables dificultades para interpretar la característica "origen" en relación con la mezcla de bienes marcados y no marcados<sup>[338]</sup>. Son problemáticos, por ejemplo, los casos de mezcla de dinero de giro (por ejemplo, el ingreso de 2.000 euros "sucios" en una cuenta bancaria con 8.000 euros "limpios" de libro) o la financiación mixta en efectivo (por ejemplo, la compra de un coche de 10.000 euros con 1.000 euros marcados y 9.000 euros sin marcar). Según el punto de vista correcto, el objeto resultante de la mezcla sólo se deriva del delito de predicado en la relación en la que los objetos individuales anteriores se encontraban entre sí (la llamada doctrina de la contaminación parcial<sup>[339]</sup>. En cambio, según la doctrina de la contaminación total, el objeto parcialmente contaminado procede en su totalidad del delito predilecto<sup>[340]</sup>. La consecuencia de este punto de vista es que cada parte del objeto contaminado en sí mismo y cada sustituto que ocupa su lugar deriva de nuevo del delito predicado<sup>[341]</sup>. Hay que distinguir entre esto y la cuestión de si un objeto mezclado está siempre (total o parcialmente) contaminado o si es necesario que se supere un determinado índice mínimo. Esto último se afirma predominantemente - sin embargo, no está claro qué proporción del valor debe ser decisiva a este respecto. Según la jurisprudencia del Tribunal Supremo Federal alemán (BGH) sobre las constelaciones de mezcla, la aptitud del lavado de dinero de un activo se mantiene siempre que la parte procedente del delito subyacente no sea completamente insignificante desde el punto de vista económico. Los beneficios, es decir, los procedentes de los productos del delito, también son activos aptos para el lavado de dinero si han pasado a formar parte del sucedáneo que ha ocupado el lugar del producto del delito<sup>[342]</sup>. A diferencia de los objetos resultantes directamente del delito principal, los sustitutos no están contaminados de forma permanente. La distinción de un sucedáneo finaliza cuando es sustituido por un nuevo



sucedáneo en el curso de una nueva subrogación.<sup>[343]</sup> La prescripción del delito subyacente no da lugar a la eliminación (descontaminación) de un objeto apto el lavado de dinero.<sup>[344]</sup>

### **III. El delito de defraudación fiscal y el delito fiscal como delitos precedentes al lavado de dinero. Consecuencias de la reforma del § 261 StGB**

El castigo del lavado de dinero procedentes de un delito fiscal, se mencionan a menudo de forma conjunta. La OCDE calcula que dos tercios de todos los flujos financieros ilegales están relacionados con la evasión fiscal. También en el caso de Alemania, se supone que alrededor del 70% del dinero blanqueado procede de la evasión fiscal.<sup>[345]</sup>

En este sentido, no es de extrañar que el GAFI incluyera explícitamente los delitos fiscales como delitos precedentes determinantes del lavado de dinero en sus recomendaciones de 2012. Los legisladores alemanes también reconocen la proximidad de ambos delitos. El legislador alemán, ha fundamentado que los bienes procedentes del delito fiscal son idóneos para el lavado de dinero, y que normalmente las ganancias de las actividades criminales organizadas no tributan.<sup>[346]</sup>

Por lo tanto, según la antigua y la nueva situación jurídica, en términos generales la evasión fiscal se concreta como objeto material de un delito precedente al lavado de dinero (§ 261 (1) frase 2 n<sup>o</sup> 4b StGB derogado). Es decir, se refieren a bienes provenientes de un ilícito penal. En este sentido, se considera una remisión general a todos los actos delictivos capaces de generar ganancias. Es decir, puede ser objeto de lavado de dinero, los casos de obtención fraudulenta de devoluciones o de subvenciones,

en especial si se produce el traslado de dinero de las arcas públicas al patrimonio del defraudador. La cuota defraudada incluye la cantidad de dinero que no se paga ante el surgimiento de un hecho imponible, el cual incluye los incrementos patrimoniales no justificados. A su vez, el obliga a las autoridades fiscales a informar los hechos relevantes a la Unidad de Inteligencia Financiera para combatir el lavado de dinero<sup>[347]</sup>. Aunque esto se refiere principalmente a los casos en los que un contribuyente declara unos beneficios que no pueden explicarse de forma plausible por su actividad empresarial, el uso de fondos procedentes de la evasión fiscal también puede desencadenar la obligación de informar. La Unidad de Inteligencia Financiera, por su parte, incluye los "delitos fiscales" como una categoría separada dentro de su enfoque basado en el riesgo para analizar los Sistemas de identificación financiera.<sup>[348]</sup>

### *3.1. La defraudación tributaria y el delito fiscal como objeto material del lavado de dinero*

La cuestión que se plantea reiteradamente es si sanciona adecuadamente el delito de defraudación tributaria (*Steuerhinterziehung*) regulado en el § 370 AO de la Ordenanza Tributaria (en sus siglas en alemán, *Abgabenordnung*, a partir de aquí AO), y sobre el punto puede responderse probablemente de forma general afirmativamente. Ciertamente, teniendo en cuenta la posibilidad de castigar los casos especialmente graves con penas de prisión de hasta diez años (apartado 3 de la norma), además de disponer de un abanico suficiente de sanciones; en cualquier caso, solo una pequeña proporción de las condenas han dado lugar a una pena privativa de libertad (2012: 1.574; 2013: 1.575; 2014: 1.298; 2015: 1.258; 2016: 1.301.163). Calculado de forma muy

aproximada, las condenas de más de dos años de prisión corresponden a algo más o menos del 1 % de las condenas, según el año; considerado a lo largo de diez años la tendencia es a la baja (2012: 97; 2013: 89; 2014: 139; 2015: 89; 2016: 97)<sup>[349]</sup>. Esto no significa que la evasión fiscal sea un "pecadillo" en el sentido de que constituya algo pequeño casi sin importancia o, en todo caso, que se juzgue así<sup>[350]</sup>. El patrimonio del Estado no es per se menos digno de protección que el patrimonio privado frente a los actos de fraude, aunque en este caso existe regularmente la particularidad de que el contribuyente debe cooperar activamente en la reducción de su patrimonio en beneficio del Estado. Sin embargo, esto último también es un factor para determinar la sanción apropiada; por esta razón, la equiparación del límite inferior de una evasión fiscal "a gran escala" en el sentido del § 370, párrafo 3, frase 2, n.º 1 AO y una "pérdida de activos a gran escala" en el sentido del § 263, párrafo 3, frase 2, n.º 2 StGB del Código Penal en el contexto de la determinación de un caso especialmente grave no resultaba fácilmente comprensible.<sup>[351]</sup> Por fortuna, esto no se corresponde con la definición en 2015 de un límite uniforme de 50.000 euros, por encima del cual debe considerarse una "evasión fiscal a gran escala".<sup>[352]</sup> Otras razones para la práctica sancionadora que prevalece en los tribunales penales pueden ser que, por un lado, los autores están predominantemente integrados en la sociedad y, por tanto, solo en casos excepcionales parece apropiada una pena de prisión sin libertad condicional. Por otra parte, los procedimientos extensos, en particular, se resuelven, al menos en parte, mediante un acuerdo de culpabilidad<sup>[353]</sup>, que regularmente también tiene un efecto en la cuantía de la condena. La jurisprudencia de la 1ª Sala penal del Tribunal Supremo Federal alemán (BGH) sobre la imposición de penas por evasión fiscal no ha conducido hasta ahora, en cualquier caso, a que los tribunales de faltas recurran en general a penas más elevadas que antes<sup>[354]</sup>. Por último, también hay argumentos a favor de la

despenalización de los casos más leves de evasión fiscal, que pueden tenerse en cuenta a la hora de dictar sentencia antes de que se produzca un cambio en la ley, lo que es de esperar en cualquier momento<sup>[355]</sup>.

La siguiente cuestión es además si, la defraudación tributaria (§ 370 AO) constituye un hecho previo del lavado de dinero, desde el año 2001 con la introducción de la Ley de lucha contra la evasión fiscal "*Einführung des Gesetzes zur Steuerverkürzungsbekämpfung die schwere Steuerhinterziehung*", se sancionó por primera vez la evasión fiscal grave como delito precedente adecuado al lavado de dinero con una pena de prisión. El § 370 AO, menciona, "los gastos ahorrados por la defraudación fiscal y las compensaciones y devoluciones de impuestos obtenidas indebidamente, así como en los casos de los bienes por los que se hayan defraudado impuestos". La crítica doctrinal más polémica del § 370 AO, de hecho, se refiere a "los gastos ahorrados por la defraudación fiscal", que de acuerdo con el legislador de esta manera se asegura que abarquen como objeto material del lavado de dinero que, sin proceder directamente del fraude fiscal, tienen "una conexión clara con el delito fiscal".

Esta norma se conecta y concretaba con el último párrafo del § 261 StGB en su versión derogada. Para comprender mejor la situación anterior, se traduce y transcribe la parte relevante de la versión derogada del § 261, párrafo 1: "(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 objeto, que provenga de un hecho antijurídico mencionado en la frase 2, será castigado con pena privativa de la libertad de tres meses hasta cinco años".

crímenes (...) 2. (...)

Delitos según el § 373 y según el § 374 párrafo 2 de la AO, también en conexión con el § 12 párr. 1 de la Ley para la ejecución de las organizaciones comunes de mercado y

de los pagos directos. [...].” “La frase 1 vale en los casos de defraudación tributaria cometida profesionalmente o por medio de una banda según el § 370 AO para los gastos ahorrados y las devoluciones o beneficios tributarios conseguidos por medio de la defraudación tributaria, así como en los casos de la frase 2 nr. 3 también para un objeto, con respecto al cual se ha defraudado tributos”.<sup>[356]</sup>

Desde entonces, el delito de lavado de dinero (§ 261 StGB) se ha ampliado masivamente, cualquier acto ilícito puede ser un delito determinante de lavado de dinero, por lo que también cualquier evasión fiscal "simple". De acuerdo con esto, a partir de la nueva versión que entró en vigor en el 2021, se ha dejado atrás el catálogo de delitos y cualquier conducta penal puede constituir un delito precedente válido para configurar lavado de dinero. La redacción de la disposición ya no incluye los llamados “*gastos ahorrados*” en el caso de los delitos de evasión fiscal. El derogado § 261 (1) frase 3 StGB, atribuía la cualidad de objetos idóneos para el lavado de dinero a los gastos ahorrados mediante la evasión de impuestos o a las devoluciones de impuestos obtenidas ilícitamente y como se ha mencionado a las remuneraciones en los casos de evasión de impuestos comerciales o de bandas de conformidad con el § 370 AO. En lo que respecta a los gastos ahorrados, la disposición ha suscitado considerables preocupaciones constitucionales en el pasado, ya que no estaba en claro cómo podía justificarse una cantidad contaminada en el importe de gastos ahorrados en el patrimonio total del delincuente. Según la exposición de motivos de la ley y en relación a la definición de la disposición los gastos ahorrados no son “producto del delito”<sup>[357]</sup>.

La última cuestión se refiere a la exigencia de la comisión con carácter “*profesional*” o “*por medio de una banda*” si bien había dejado de ser requisito respecto al antiguo § 370 AO, seguía siendo en la versión derogada del § 261 (1) StGB, en especial respecto con la evasión

fiscal<sup>[358]</sup>. En la nueva versión de 2021, las diferencias respecto al derogado § 261 (1) StGB se han suprimido dichos requisitos de comisión los términos “profesionalidad” y “comisión por medio de una banda” como circunstancia agravante. Una parte de la doctrina, argumentaba aspectos a favor de estos términos ya que podrían restringir el concepto a la comprensión habitual y de duración; sin embargo, otra parte de la doctrina criticaba la escasa determinación. De hecho, las razones por las que se habían suprimido con anterioridad el § 370 AO, se refiere a “características indeterminadas” para garantizar una delimitación segura respecto de los casos simples de defraudación tributaria, además de resultar insuficientemente y en especial plantea consigo cuestiones de causalidad.

Respecto a la defraudación tributaria como objeto material del lavado de dinero, de acuerdo con la versión derogada del § 261 párr. 1 frase 3 StGB, se había introducido con un propósito aclaratorio el término “*gastos ahorrados*” lo cual lleva a una “incertidumbre jurídica”<sup>[359]</sup> y lo cuál ya constituía un absurdo lingüístico cuando se sustituía el término “objeto” en el § 261 párr. 1 (1) StGB y en el párr. 2 por el de “*gastos ahorrados*”.<sup>[360]</sup> Precisamente al comparar la versión derogada del § 261 párr. 1 (1) StGB y en el párr. 2 StGB,<sup>[361]</sup> anteriormente la doctrina advirtió que los gastos ahorrados conceptualmente constituyen un “*nullum*” y el valor del dinero defraudado reside en una “nada objetiva”.<sup>[362]</sup>

La nueva versión § 261 (1) StGB, “*los gastos ahorrados por la evasión fiscal*” ya no son un objeto adecuado del delito de lavado de dinero, porque la nueva versión ya no menciona explícitamente los gastos ahorrados. Tal como lo especifica la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Saarbrücken<sup>[363]</sup>, del 26 de mayo de 2021, (4 Ws 53/21) la cual se analizará con mayor determinación en el siguiente punto (3.2.) del presente trabajo.

Dado que la evasión fiscal puede cometerse no sólo en el procedimiento de evaluación, sino también en la auditoría externa, en relación con la conclusión de un acuerdo de culpabilidad de hecho, en los procedimientos de apelación o ante el tribunal fiscal, la evasión fiscal es cada vez más importante como delito precedente del lavado de dinero.<sup>[364]</sup>

Según el § 31b (2) AO, Ordenanza Tributaria, las autoridades financieras están obligadas a notificar los casos de blanqueo de capitales a la Unidad de Inteligencia Financiera, "independientemente de su importe".

De ello se desprende que, además de las devoluciones y rebajas fiscales obtenidas ilícitamente mediante la evasión de impuestos, también se contaminan los gastos ahorrados. Esto lleva a que los bienes obtenidos mediante la evasión fiscal ya no puedan distinguirse regularmente de los demás bienes del evasor fiscal.

Por tanto, existe una restricción para los casos de evasión fiscal como delito antecedente. Con la eliminación de los "*gastos ahorrados*" como delito determinante del lavado de dinero, se limita enormemente el ámbito de aplicación práctica de los delitos fiscales, lo que al mismo tiempo repercute en la prevención de prácticas de lavado de dinero.

La evolución descrita anteriormente conduce, en particular, a que cuando se cumplen los hechos de lavado de dinero, existe al menos la sospecha de que se ha cometido una evasión fiscal. Si existe esta sospecha de comisión de evasión fiscal, los registros obtenidos por la policía criminal y la fiscalía en el curso de las investigaciones sobre lavado de dinero se trasladan a las autoridades fiscales. Además, los registros y la información pueden utilizarse en procedimientos fiscales penales o para la evaluación de un pago de impuestos atrasados.

En estos casos, actualmente pueden surgir puntos de conexión problemáticos con las profesiones de asesoramiento jurídico y fiscal. Esto se aplica, por ejemplo, si una persona sospecha de este tipo de conductas se pone

en contacto con un abogado o asesor fiscal debido a posibles investigaciones por sospecha de evasión fiscal. En estos casos, en el que un consultor y una persona sospechosa de evasión fiscal entablan una relación comercial, el efecto de recibir los honorarios de un consultor por parte de un evasor fiscal no deja de ser problemático, especialmente en lo que respecta a los honorarios del consultor.

### *3.2. La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Saarbrücken respecto a Lavado de dinero y evasión fiscal, de 26 de mayo de 2021, 4 Ws 53/21*

En el procedimiento preliminar llevado a cabo contra el acusado por sospecha de lavado de dinero, por el Tribunal Superior de Justicia de Saarbrücken (*Saarländisches Oberlandesgericht Saarbrücken 4. Strafsenat 4 Ws 53/21, OLG Saarbrücken*). La petición de la fiscalía, ordenó mediante auto de 21 de diciembre de 2020, de conformidad con los §111e (1), §111j (1) StPO, para garantizar la ejecución de la demanda estatal de confiscación del valor de los productos del delito, un embargo de bienes por valor de 485.000 euros en bienes muebles e inmuebles del acusado y de D. Immobilien GmbH, S., como deudores solidarios. Para fundamentar la sospecha de lavado de dinero, el auto señala que el acusado es sospechoso de haber realizado transferencias de sumas de dinero procedentes de la evasión fiscal a través de su consorcio de empresas con sociedades en Suiza a otras sociedades ya suprimidas en el periodo comprendido entre 2012 y 2020 para aparentemente legalizar esas sumas de dinero y ocultar a las autoridades el patrimonio incriminado reduciendo los beneficios de su empresa "J. Grundstücksverwaltungs GmbH & Co. KG" generando gastos en relación con las obligaciones de su empresa "T.



AG" en Suiza como una farsa y acortando así su responsabilidad fiscal, transfiriendo después sumas de dinero procedentes de la evasión fiscal a las cuentas de T. AG y "S. AG", que también controlaba - se dice que ambas empresas. Sociedades domiciliarias- y el 16 de junio de 2020 transfirió una cantidad de 485.000 euros de S. AG, que ya se había liquidado en ese momento, a D. Immobilien GmbH, de la que era accionista único y liquidador.

No se puede negar el éxito en el fondo del recurso de casación, que es admisible en virtud del § 310 (1) n<sup>o</sup> 3 StPO (*Strafprozessordnung*, a partir de aquí Código Procesal Penal alemán). Conduce a la revocación del auto impugnado y del auto del Juzgado de Primera Instancia de Saarbrücken de 21 de diciembre de 2020, ya que no se cumplen (o han dejado de cumplirse) los requisitos para ordenar una orden de retención de bienes con arreglo al § 111e (1) StPO.<sup>[365]</sup>

De conformidad con las medidas cautelares se puede asegurar el decomiso por el valor equivalente de una suma de dinero § 111e (1) frase 1 StPO, que permite la incautación de bienes muebles e inmuebles de la persona investigada en cuestión con el fin de garantizar la ejecución "si es razonable asumir que se pueden dar las condiciones del decomiso"<sup>[366]</sup>. Según esto, la orden de inmovilización de bienes requiere -además de una necesaria necesidad de seguridad<sup>[367]</sup>- que determinados hechos justifiquen la presunción (en el sentido de una cierta probabilidad) de que se dan los requisitos para una posterior orden judicial de decomiso de valor<sup>[368]</sup>, es decir, que exista una simple sospecha de la comisión de un delito y que haya razones para suponer que se ordenará el decomiso de la reposición del valor en la sentencia por el delito o en el procedimiento de decomiso independiente ampliado (§ 76a StGB, §§ 435, 436 StPO)<sup>[369]</sup>.

En el presente caso, ya no existe la sospecha de un delito de lavado de dinero de acuerdo con el § 261 StGB, a diferencia de lo que ocurría en el momento en que el

Tribunal ordenó la inmovilización de los bienes. Según la nueva versión del § 261 StGB de la “*Ley de Mejora en materia penal de lucha contra el lavado de dinero*”<sup>[370]</sup>, que entró en vigor en 2021, la conducta del acusado en la orden de confiscación de bienes, no implica la presunción de que el acusado haya cometido un delito de lavado de dinero. Esto se debe a que, de acuerdo con el § 261 (1) StGB en la versión de 2021, la cantidad de 485.000 euros no es (ya) un objeto derivado de un delito principal ilícito.<sup>[371]</sup> Si el delincuente -como se le acusa- hace declaraciones falsas a las autoridades fiscales y consigue así que se le liquide una cantidad de impuestos demasiado baja, los gastos ahorrados a este respecto en el importe de la evasión fiscal no son activos “*ilegalmente adquiridos*”, sino simplemente una ventaja aritmética en el total de los activos que puede cuantificarse concretamente, pero que no se refleja en un componente patrimonial específico que pueda separarse de él<sup>[372]</sup>. Con el fin de incluir dichos bienes en el ámbito del delito de lavado de dinero, el § 261, párrafo 1, frase 3, StGB, en la versión válida hasta el 17 de marzo de 2021, preveía una ampliación del ámbito del objeto del delito para determinados delitos en comparación con el § 261, párrafo 1, frase 1, StGB y, en el caso de la evasión fiscal comercial o de bandas en virtud § 370 AO, también lo ampliaba a los gastos ahorrados por la evasión fiscal. Esta disposición se ha omitido en la nueva versión del § 261 StGB en vigor desde el 18 de marzo de 2021. A este respecto, la exposición de motivos de la Ley señala que, debido a la considerable ampliación de la punibilidad del delito de lavado de dinero asociada a la eliminación de un catálogo selectivo de delitos subyacentes, no deben respetarse las ampliaciones de la definición del objeto del delito previstas anteriormente § 261, (1), frase 3, StGB para determinados delitos fiscales<sup>[373]</sup>. La omisión del anterior § 261 (1) frase 3 StGB tampoco contradice el artículo 2 n<sup>o</sup> 1 letra q de la Directiva (UE) 2018/1673 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23.10.2018, relativa a la lucha

contra el lavado de dinero a través del derecho penal<sup>[374]</sup>, según el cual los delitos fiscales en relación con los impuestos directos e indirectos han de ser delitos predicados del lavado de dinero ya que los gastos ahorrados a través de la evasión fiscal no son precisamente casos de lavado de dinero según los requisitos de la Directiva o del Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI). Según la Directiva (UE) 2018/1673 y la Recomendación 3 del GAFI, los activos que proceden de una actividad delictiva o son producto del delito se consideran relevantes para el lavado de dinero. Los gastos ahorrados, sin embargo, carecen exactamente de este origen delictivo, ya que se trata de bienes regularmente adquiridos legalmente que, debido al delito, sólo permanecen en el agregado patrimonial del autor como una ventaja aritmética. Sin embargo, esto no lo convertía en un objeto adecuado para lavado dinero<sup>[375]</sup>.

Si los gastos ahorrados a través de la evasión fiscal ya no están contemplados en el § 261 StGB en la versión aplicable desde el 18 de marzo de 2021, esto significa en el presente caso que el acusado no es susceptible de ser perseguido por lavado de dinero en virtud de esta ley, además del deber de aplicar al presente caso la ley más benigna de acuerdo con el § 2, apartado 3, StGB y que incluye además la cláusula de exención de la pena.<sup>[376]</sup>

Dado que el Tribunal tampoco está llamado en el presente procedimiento de apelación a fundamentar la inmovilización patrimonial ordenada en otro delito perseguido en otro procedimiento penal, a saber, los delitos de evasión fiscal perseguidos en el procedimiento 5 Js 16/20 de la fiscalía de Saarbrücken -que fueron valorados como delitos previos de lavado de dinero cuando se ordenó la inmovilización patrimonial-, el auto impugnado y el auto del Juzgado de Primera Instancia de Saarbrücken de 21 de diciembre de 2020 -que ordenó la inmovilización patrimonial- debían ser anulados.<sup>[377]</sup>

## **IV. Los asesores fiscales, abogados defensores y la nueva calificación del § 261 (4) y (5) StGB y otros cambios en el tipo de lavado de dinero**

De acuerdo con los requisitos del artículo 6 (1b) de la Directiva, el legislador ha introducido una nueva calificación en el § 261 (4) StGB. De acuerdo con esto, quien cometa un delito en virtud de los apartados 1 o 2 como obligado en virtud de la Ley de Lavado de dinero, puede ser condenado a una pena privativa de libertad de tres meses a cinco años. En el caso de los asesores fiscales, esto significa que, si son autores o partícipes del delito de lavado de dinero en el transcurso de sus actividades profesionales, cumplirían con este delito calificado. Debido al aumento de la pena mínima de prisión de tres meses, se pueden imponer multas por condenas de menos de seis meses, pero normalmente con un mínimo de 90 días de condena.

El § 261 (5) StGB de la disposición regula el caso especialmente grave del blanqueo de capitales. De acuerdo al mismo, por lo general existe un caso especialmente grave si el delincuente actúa con fines comerciales o como miembro de una banda que ha unido sus fuerzas para cometer el lavado de dinero de forma continuada. Para los casos especialmente graves, se prevé una pena de seis meses a diez años de prisión. En este caso no se suelen tener en cuenta las multas.

Por lo tanto, es posible que los honorarios de un asesor se paguen con activos obtenidos mediante la evasión fiscal. Si, en el caso de la evasión fiscal, se supone que todo el patrimonio ha sido contaminado, puede que ya no sea posible entablar una relación comercial con un evasor fiscal sin ser castigado.

Objetivamente, el delito de lavado de dinero ya se cumple si un asesor fiscal o un abogado defensor recibe sus

honorarios de una cuenta a la que la Agencia Tributaria ha transferido las devoluciones de un evasor fiscal profesional. Se ha aclarado para el ámbito de los abogados penalistas que la imprudencia o la intención condicionada no deben ser suficientes para la aceptación de los honorarios. Sin embargo, hasta que el Tribunal Supremo aclare la cuestión de si las normas para el abogado penalista son también aplicables a otros asesores (abogado, asesor fiscal), todavía puede haber un riesgo considerable. Si, en un caso individual, el profesional podría actuar a la vez como abogado defensor en materia penal, y como asesor fiscal (§ 392 AO) aún queda mucho que decir para evaluar dicho caso en su conjunto según las normas del mandato de defensa.

Esta reforma del año 2021 ha introducido el llamado privilegio del abogado defensor o de la defensa penal como un motivo adicional de exclusión de la punibilidad. El § 261 (1), frase 3 StGB, según la cual la responsabilidad penal de los abogados defensores queda excluida por las variantes de (procurar para sí) *Verschaffens* (§ 261 (1) frase 1, Nr. 3 StGB). De hecho, esto no supone ningún cambio a la situación jurídica de los abogados defensores en materia penal. De acuerdo con la sentencia histórica del Tribunal Constitucional Federal Alemán -BVerfG 41- esta disposición sólo tiene efecto declarativo. No obstante, el anclaje de la ley es en principio bienvenido.<sup>[378]</sup> En consecuencia, la conducta típica de la profesión por parte del abogado defensor no es punible. Sin embargo, la normativa es desafortunada en ciertos aspectos. En primer lugar, sólo menciona “abogado defensor” cuyo término no se encuentra previsto en ninguna otra parte de la ley y además el privilegio también se aplica a su vez a los profesores universitarios. En consecuencia, también debe considerarse el aspecto relacionado a los procedimientos de asistencia judicial y extradición. Tampoco puede excluirse de la disposición a los abogados ajenos al derecho penal, por ejemplo, en derecho civil y administrativo, así

como los administradores concursales, los asesores fiscales y notarios. Hasta ahora, el BVerfG ha dejado expresamente abierta “la cuestión de si en caso de los mandatos de derecho civil en el caso de una conexión fáctica inseparable con un asunto relevante para el lavado de dinero”, o en el caso de “constelaciones mixtas” se requiere también el privilegio del abogado que ejerce el derecho civil por motivos constitucionales.<sup>[379]</sup>

Tampoco debe extraerse la conclusión contraria de la disposición de que los abogados ajenos al derecho penal, por ejemplo, derecho civil y administrativo, así como los administradores concursales y asesores fiscales, en la medida que no sean elegidos como abogados defensores. Ahora bien, los notarios están (ahora) excluidos de este privilegio. Hasta ahora, el BVerfG ha dejado expresamente abierta la cuestión de si, en el caso de los mandatos de derecho civil, en el caso de una “conexión fáctica inseparable con un asunto relevante para el lavado de dinero” ... o en el caso de “constelaciones mixtas”, se requiere un tratamiento privilegiado del abogado que ejerce el derecho civil por motivos constitucionales.<sup>[380]</sup> Sin embargo, no queda del todo claro si se aplica a otras profesiones de asesoramiento jurídico, cuyo secreto profesional también se encuentra protegido por el § 53 StPO (Código de Procedimiento Procesal Penal, § 43 (2) de la Ley de Asistencia Jurídica y cuya violación es punible en virtud al § 203 StGB). Lo mismo ocurre respecto a los casos de asesores fiscales que aconsejan a un cliente por delitos fiscales cometidos en el pasado, en estos casos la responsabilidad penal por lavado de dinero imprudente es posible si el asesor -de acuerdo a sus deberes profesionales- se esfuerza por no revelar hechos que puedan indicar que su cliente es responsable penalmente. Además, puede considerarse la responsabilidad penal por complicidad (por supuesto, sólo si se comete intencionadamente) en el lavado de dinero si el asesoramiento conduce o pretende conducir a la defensa de

una demanda y, por tanto, permite al cliente seguir utilizando los activos incriminados. El BGH ha calificado “digno de consideración” excluir un delito de lavado de dinero para el caso en que un abogado cobre una deuda (no maculada) en nombre del acreedor y al hacerlo acepte acceder a bienes del autor de que otro modo estarían incriminados en el sentido del § 261 (1) StGB.<sup>[381]</sup> Para esta restricción, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), ha subrayado la posición privilegiada de los profesionales del derecho en sus actividades de asesoramiento jurídico.<sup>[382]</sup>

Dado que la cuestión de privilegiar a estos grupos profesionales es también una cuestión constitucional, el legislador no puede decidirlo por sí mismo mediante una simple legislación. La realidad de la defensa penal, en la que los abogados defensores consultan la experiencia externa de, por ejemplo, un abogado ambientalista en un caso penal ambiental, también muestra que una restricción sólo a los abogados defensores no logra el objetivo perseguido por la *Grundgesetz* o Ley Fundamental de la República Federal de Alemania: la garantía del derecho al juicio justo. En consecuencia, en estos casos debe entenderse (en sentido amplio) de manera que, además del abogado penalista, todo abogado y profesor universitario en un mandato penal forense está en todo caso cubierto por el privilegio, así como la asistencia activa en los procedimientos de asistencia jurídica y extradición.<sup>[383]</sup>

## V. Autolavado

La exclusión a los responsables del delito que origina los bienes del ámbito de posibles sujetos activos de lavado se encontraba previsto en el Convenio de Varsovia de 2005. En cambio, la Directiva (UE) 2018/1673 prevé que los países de la UE deben garantizar que las personas que cometieron la actividad delictiva, o que participaron en la

misma sean castigadas. Dentro de otros factores adicionales de la actividad delictiva (delito antecedente) se incluye y amplía la responsabilidad penal a aquellas personas que lavan o blanquean los ingresos procedentes de sus propios delitos (“autolavado” o “autoblanqueo”). En este caso la actividad de lavado de dinero no consiste simplemente en la mera posesión o utilización de bienes, sino también implique la transferencia, conversión, la ocultación, o el encubrimiento de bienes y de lugar a daños adicionales a los ya causados por la actividad delictiva, por ejemplo, poniendo en circulación bienes provenientes de la actividad delictiva y, con ello, ocultando su origen.<sup>[384]</sup>

Respecto a la punibilidad del autolavado en la jurisprudencia alemana, la sentencia del BGH del 27 de noviembre de 2018 - 5 StR 234/18<sup>[385]</sup> en la cuál de forma unánime se pronuncian los jueces del tribunal refiriéndose a que existen varias razones para considerar un “horror presentandi” y deja crecer la necesaria convicción firme de inconstitucionalidad, y el por qué hay “preocupaciones constitucionales significativas” sobre la disposición que entró en vigor en 2015. De todos modos, parte de la doctrina alemana si está de acuerdo y describen el funcionamiento del precepto de la siguiente manera: “el objeto perseguido por el § 261 (9) frase 2 de evitar la doble pena se abandona en gran medida con el nuevo § 261 (9) frase 3” <sup>[386]</sup>

De acuerdo con la legislación actual, no se castiga a quien sea punible por participar en el delito subyacente § 261, (9), frase 2 StGB. Esto se desprende del concepto de complicidad con posterioridad a los hechos y del principio que subyace en la exención de la pena por actos de favorecimiento § 257 StGB<sup>[387]</sup> y siguientes.<sup>[388]</sup> Sin embargo, el actual § 261, (9), frases 2 y 3, StGB establece una excepción (de gran alcance) a este principio si el objeto se pone en circulación y se oculta su origen ilícito en el proceso. En estos casos, la integridad de las transacciones financieras y económicas se ve perjudicada más allá de la



ilicitud del delito principal, por lo que ya no es aplicable el concepto de delito secundario, el cual también sería punible.<sup>[389]</sup> Por tanto, en este sentido la responsabilidad penal limitada del autoblanqueo es constitucional.<sup>[390]</sup>

Esta punibilidad limitada del autolavado es también compatible con la Directiva. El apartado (5) del artículo 3 de la Directiva exige que, por lo que respecta a las infracciones contempladas en las letras a) y b) del apartado (1) del artículo 3 de la Directiva, la persona que haya participado en la infracción principal como autor o partícipe pueda ser castigada también por lavado de dinero. Sin embargo, el considerando 11 de la Directiva prevé la penalización del autolavado sólo en los casos en que, además de los delitos contemplados en las letras a) y b) del apartado (1) del artículo 3 de la Directiva, causen “daños adicionales a los ya causados por la actividad delictiva, por ejemplo, poniendo en circulación los bienes provenientes de la actividad delictiva y, con ello, ocultando su origen ilícito”. Esto está en consonancia con las consideraciones del legislador alemán. Además, se afirma que “los bienes derivados de una actividad delictiva se ponen en el mercado y así se oculta su origen ilegal”. Esto corresponde a la regulación alemana del autolavado, que exige la afectación del bien jurídico para que exista una excepción de impunidad y por tanto se considera legitimar la intervención penal a ciertos supuestos de autoencubrimiento.

El sancionar el autolavado del comportamiento post-delictivo puede formar parte del agotamiento del delito y afecta al derecho a no inculparse. Por otro lado, el castigar el autolavado de manera generalizada, se ha conseguido con el beneplácito del BGH y con el interés de mantener este discurso de manera “natural” es difícil ver los valores enredados, y como consecuencia queda claro tiene un nuevo objetivo que mantener la vigencia del principio *ne bis in idem* (art. 103 III GG) suficientemente flexible en términos de política criminal.<sup>[391]</sup> Pero según el

BGH, el autolavado posterior es un delito diferente en el sentido constitucional en comparación con el delito inicial. [\[392\]](#) Por tanto, la idea básica de esta disposición sobre el autolavado se mantiene, pero la formulación concreta se hace más accesible mediante una nueva redacción del apartado (6) del § 261 StGB.

## VI. Conclusiones

El delito de lavado de dinero ha sido siempre una de las disposiciones más complejas del Código Penal alemán, además de su relación con la delincuencia organizada, la cuál es ya de por sí, es un fenómeno muy complejo debido a la complicidad generalizada y a sus interconexiones internacionales. Queda por ver si la supresión del catálogo selectivo de delitos precedentes y la consiguiente ampliación del ámbito de aplicación de la disposición supondrán una facilitación en la práctica de la aplicación de la ley. El proyecto de Ley de Mejora de la Legislación Penal de Lucha contra el lavado de dinero del gobierno alemán fue objeto de grandes críticas en el proceso legislativo. Los escépticos de esta legislación asumen que la nueva normativa desplazará el foco de la persecución penal a los casos de delitos “simples”.

A pesar de todas las opiniones críticas, los asesores fiscales, deberían estar familiarizados con la disposición del § 261 StGB, sobre todo porque en el futuro podrán ser infractores especiales según el nuevo § 261, (4), del StGB en el contexto de sus actividades profesionales y, por tanto, como personas obligadas en el sentido del § 2, apartado 1, nº 12 de la GwG (Ley de Prevención de Lavado). Aquellos que, en virtud de su profesión, tienen que velar por la prevención de los delitos de lavado de dinero o porque sus propios servicios no se utilicen para tales delitos, deben esperar sanciones más elevadas de verse implicados en algún caso lavado de dinero.

Ni la exposición de motivos de la ley, ni la redacción de la propia disposición comentan la cuestión de si los asesores fiscales que defienden a sus clientes en casos fiscales penales están o no amparados por el privilegio del abogado defensor del § 261 (1) frase 3 del StGB. Aunque la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán (BVerfG) se emitió exclusivamente en relación con los abogados, en vista de que los asesores fiscales estarían expuestos al mismo conflicto de intereses que los abogados debido a la posible persecución penal al aceptar honorarios incriminados en estos casos, la limitación de la responsabilidad penal debería aplicarse también a ellos. Esto se debe a que los asesores fiscales están autorizados a asumir la defensa en los procedimientos fiscales penales junto con un abogado defensor y estarían en peor posición que los abogados defensores sin la limitación de la responsabilidad penal.

# ¿ES PUNIBLE EL AUTOLAVADO SEGÚN LA LEGISLACIÓN PARAGUAYA? ESPECIAL REFERENCIA A LA EVASIÓN DE IMPUESTOS COMO ILÍCITO PRECEDENTE

José M. Fernández Zacur\*

Resulta difícil conceptualizar un delito que se caracteriza normativamente o por la superabundancia de verbos típicos o por la exorbitante ambigüedad y polisemia de los mismos o por ambos fenómenos a la vez (según la legislación). No obstante, y teniendo en cuenta sus principales rasgos dogmáticos, podríamos definir al lavado de dinero como el conjunto de conductas emprendidas para camuflar los valores provenientes de ilícitos penales (idealmente graves) con la finalidad de introducirlos al circuito regular de la economía, haciéndolos pasar por lícitos.

Se denomina “autolavado” (y nomenclaturas equivalentes) a las maniobras de blanqueo perpetradas por los mismos participantes del ilícito precedente que generó las ganancias a reciclar. *“Por autoblanqueo se entiende la conducta de quien blanquea bienes, capitales, activos o como quiera denominarse la figura del blanqueo, habiendo sido el autor (o habiendo intervenido de otra forma) en el delito previo del que proceden los capitales, bienes o activos”* [393].

La criminalización del autolavado forma parte de la incesante expansión del lavado de dinero, que impacta sobre la normativa (constantemente engrosada para incluir toda conducta que apenas se aproxime al aprovechamiento o al encubrimiento de valores procedentes de un injusto penal o para agravar sus consecuencias) y sobre la jurisprudencia (que con las mismas finalidades relativiza el tenor del articulado desentendiéndose del principio de legalidad y el mandato de certeza). *“A esto se unió un fenómeno que ha degenerado más en las últimas décadas: el del “buen alumno” de algunos legisladores, sobre todo los latinoamericanos (...), que exageraron en todo sentido; tanto con la descripción de las conductas típicas, como con los ilícitos previos y la penalidad”* [394]. Ante esta tendencia inflacionaria, la dogmática penal se yergue como “último bastión” para contrarrestar con una hermenéutica centrípeta la tendencia centrífuga del lavado de dinero.

Decíamos que *“(...) se ha dado en llamar “autolavado”, cuando es el propio autor o partícipe del delito precedente quien sea el que luego realice la conducta de lavado del dinero que obtuvo del ilícito”* [395]. En tanto la inercia normativo-jurisprudencial empuja hacia el castigo de esta modalidad (siempre a fuerza de la impronta internacional), una visión garantista y mesurada del Derecho Penal (con foco en el carácter de *ultima ratio*) levanta barreras a su punibilidad.

Mientras algunos países excluyen expresamente el castigo del autolavado (Alemania en el § 261 (9) 2 del StGB antes de la reforma introducida en 2.015 por la “Ley de lucha contra la corrupción” - *Gesetz zur Bekämpfung der Korruption* y Austria en el Art. 165.1 del StGB), otros lo recogen (España en el Art. 301.1 del Código Penal modificado por Ley Orgánica N° 5/2.010, Perú en el Art. 10 del Decreto Legislativo N° 1.106, Italia en el Art. 648 ter.1 del Código Penal). Sin embargo, la gran mayoría de las legislaciones no abordan la materia de manera explícita.

A falta de una disposición que establezca lo contrario en el ordenamiento jurídico paraguayo, considero que el autor o partícipe del ilícito generador de beneficios no puede ser sancionado a su vez por las eventuales acciones orientadas a legitimarlos. *“El sujeto activo es indiferenciado, de forma que cualquiera puede cometer el delito de blanqueo de bienes. Ahora bien, de acuerdo con la doctrina mayoritaria deben excluirse quienes hayan participado por cualquier título en la comisión del delito grave del cual provienen los bienes que se blanquean”* <sup>[396]</sup>.

La omisión (parcial como veremos) del legislador nacional en el tratamiento del autolavado, no implica que deba responder por lavado de dinero el sujeto que reconvierte los objetos o efectos resultantes de un injusto de conexión cuando hubiese intervenido en este último. Todo lo contrario. El silencio legal no puede sustentar una interpretación extensiva desfavorable al destinatario de la norma. De hecho y con relación a varias aristas del blanqueo, *“(...) sin una imprescindible aplicación restrictiva, debería cuestionarse su constitucionalidad”* <sup>[397]</sup>. Nos encontramos ante un *“(...) silencio como falta de mención que no se traduce en laguna, sino en problema interpretativo, de opción entre interpretaciones posibles (...)”* <sup>[398]</sup> que en el particular, debe resolverse con remisión al principio de mínima intervención.

Son varios los fundamentos que sustentan mi posición. Veamos:

1. Todo hecho punible tiene (en principio) cuatro fases: ideación, ejecución, consumación y agotamiento. El hecho punible ya consumado ante la ley, puede quedar incompleto ante el propósito del infractor. Los temperamentos que adopta el autor o partícipe para asegurar o realizar el beneficio patrimonial obtenido en la fase de consumación, se encuadran en la fase de agotamiento del mismo ilícito y no pueden castigarse de manera independiente. Cuando el participante de un hecho punible alcanza los fines lucrativos que procuraba al perpetrarlo sirviéndose de sus

frutos o acopiándolos solapadamente, no hace sino agotarlo en prosecución del mismo *iter criminis*. Durante el agotamiento, el sujeto activo alcanza la finalidad que tuvo al delinquir ya sin ejecutar elementos típicos. Así como la consumación absorbe a la fase interna y a la tentativa (etapas previas), absorbe igualmente al agotamiento (etapa posterior). *“En doctrina se distingue el agotamiento del delito, como fase posterior a la consumación del mismo. Se le denomina también consumación material, oponiéndola así a la consumación formal o legal, que es la que se desprende de la literalidad del tipo legal”* [399]. El autolavado es así “parte de la historia” del hecho antijurídico subyacente. Podría argumentarse que los actos de agotamiento son extra-típicos y que tratándose de hechos distintos, podrían sancionarse de manera independiente. Empero, *“(…) es indiferente que se trate de un único hecho o de una pluralidad de ellos, siempre y cuando una sola de las normas comprenda el desvalor de todos esos hechos”* [400]. El agotamiento del hecho punible carece de valor sistemático propio. Una exégesis contraria llevaría al sinsentido de sancionar por lavado de dinero a *“(…) quien tiene un cuadro o joya que ha robado, al que usa un coche por él sustraído, al sujeto que roba jamones en unos grandes almacenes y los guarda en su casa, al narcotraficante que obtiene ganancias (…) en tanto que posea los bienes (...); ejemplos que se pueden multiplicar hasta alcanzar niveles ridículos”*[401]. Es más, *“(…) sancionar a un delincuente por lavar los fondos del delito cometido por él mismo sería equivalente a imponerle una pena por ser cómplice de su mismo delito”* [402].

2. Dicho de otro modo, los subterfugios que utiliza el autor o partícipe de un ilícito para disfrutar de su producido económico o disimularlo quedan absorbidos por aquél deviniendo impunes como “actos posteriores copenados”. Son actos posteriores copenados aquellos que a pesar de subsumirse gramaticalmente a determinado tipo penal, quedan impunes para el mismo porque se perpetran

en función de otro que absorbe su cuota de disvalor. Cuando determinadas acciones típicas no tendrían sentido sin la realización de otras que completan la finalidad práctica de aquellas, estas últimas constituyen actos posteriores copenados de las primeras y no se castigan de manera independiente. *“El hecho posterior impune o copenado es un delito autónomo y como tal, reúne todas las características dogmáticas de un hecho criminal; es decir, se trata de un comportamiento típico, antijurídico y plenamente culpable. Sobre este no recae pena alguna en razón a que solo habría servido al aseguramiento, utilización o aprovechamiento de la posición alcanzada mediante una acción ilícita anterior. Visto dogmáticamente, el hecho posterior permanece impune en razón de que con la sanción del hecho anterior, ya no existiría la necesidad de sancionarlo independientemente. El contenido de injusto del hecho posterior estaría ya compensado con la sanción del hecho principal”* [403]. El autolavado se reduce a acciones que precisamente, procuran asegurar, utilizar o aprovechar las ganancias del propio ilícito determinante y por ende, configuran actos posteriores copenados del mismo. Podría argumentarse que el lavado de dinero tutela un bien jurídico (orden económico) que puede ser distinto del tutelado por el precursor. No obstante, uno y otro no se excluyen. El blanqueo es un hecho punible *pluriofensivo* que si bien salvaguarda al orden económico en primera línea (particularmente en sus proyecciones sobre la economía formal, la libre competencia y la credibilidad del sistema financiero), tiene otros objetos de protección secundarios entre los cuales se cuentan los mismos intereses resguardados por el injusto antecedente o de referencia (y además: la Administración de Justicia, el deber de policía o prevención sobre el ilícito base, la seguridad interior del Estado, la salud pública en relación con el tráfico de drogas, el patrimonio). En cierto modo, el blanqueo implica la *“(...) continuación de la misma línea de lesión del delito del que provenían las ganancias (...)”*[404]. O



sea, uno de los bienes jurídicos tutelados por el lavado de dinero coincide siempre con el bien jurídico protegido por la figura delictiva anterior que le sirve de causa. *“Esta afectación adicional de un bien jurídico distinto no ha impedido sin embargo, que se haya considerado tradicionalmente (...) un acto posterior copenado; es decir, computado ya en la sanción del delito previo y por tanto no punible (...). La lesión de otro bien, en lo que aquí interesa, el orden económico y financiero, no es razón suficiente para negar al autolavado la condición de acto posterior copenado”*<sup>[405]</sup>.

3. Como el aprovechamiento y el aseguramiento del producido económico constituyen las finalidades inmanentes a cualquier ilícito con vocación patrimonial (nadie delinque haciendo *votos de pobreza*), forma parte de su entequeia y se castiga con aquél; sancionarlo separadamente violenta el principio *non bis in idem* (Art. 17 Inc. 4) de la Constitución Nacional paraguaya). *“El autoblanqueo supone castigar al autor de un delito dos veces: una por consumarlo y otra por agotarlo”* <sup>[406]</sup>. Aquí tampoco importa la existencia de hechos de reconversión distintos de los hechos productores ni de bienes jurídicos parcialmente distintos. *“Más allá de lo formal (existencia de dos prohibiciones distintas y sus dos correspondientes tipos penales, sea que contengan un elemento típico de ánimo de lucro o no lo hagan), el disfrute de lo obtenido con el delito realizado por aquél que lo hubiera cometido, no constituye un injusto penal adicional y esto es válido para cualquier otro disfrute de los efectos producidos por el delito (sea que se trate del económico como del espiritual). No puede constituir un injusto penal adicional el disfrute de beneficios obtenidos con un delito, si éste por sí mismo ya ha sido penado”* <sup>[407]</sup>. La disposición y el atesoramiento disimulado de los bienes ilegales son acciones consustanciales con su obtención y por ende, aunque involucren distintos hechos en el sentido naturalístico, integran un hecho único en sentido jurídico.

*“De este modo, castigar también ese otro comportamiento por separado supondría una doble valoración del mismo hecho, lo que infringiría clarísimamente el principio ne bis in idem”* [\[408\]](#).

4. En el marco penal de todo hecho punible que genere algún beneficio pecuniario ya está presupuestado que el participante lucrará con aquél, lo guardará o se valdrá del mismo. O sea, la penalidad por “lavar el botín” ya está incluida en la conminación de la conducta criminal que le diera origen. Una pena superpuesta resulta desproporcionada y no hace sino elevar artificialmente los límites de la anterior. Con mayor razón si consideramos que tanto una como otra pueden presentar agravantes. *“En la escala penal de todo delito de enriquecimiento patrimonial se tiene en cuenta que el autor del hecho lucrará con los bienes o los pondrá en su circuito comercial. No tiene sentido (más allá de lo que opine el GAFI) aplicarle al autor otra pena (...). Si al autor se le aplicara pena por ambos hechos se presentaría un problema constitucional, por violación a la garantía que prohíbe la imposición de más de una pena por un único hecho”* [\[409\]](#). Ciertamente, *“(...) el Estado de Derecho es puesto en duda mediante la vulneración del principio non bis in idem, porque duplicar la sanción comunica un exceso del poder sancionador, de doble valoración de un hecho con una doble reacción sancionatoria frente al mismo hecho”*[\[410\]](#). El principio de proporcionalidad ya viene debilitado en materia de blanqueo, si reparamos en que algunos ilícitos productores de lucros indebidos tienen un marco penal bastante menor que las conductas típicas apenas dirigidas a maquillarlos. Se castiga así con mayor vehemencia por *ocultar la mano* que por *arrojar la piedra*.

5. No existe por ende un concurso real, sino un simple concurso aparente de leyes penales por consunción (los actos de goce y “pantalla” son consumidos por los actos anteriores de producción). *“En estos casos, se entiende que solamente uno de estos preceptos (denominado prevalente)*

*es suficiente para abarcar el reproche penal del supuesto fáctico previsto en las dos normas, implicando ello la aplicación solo del precepto prevalente y descartando la otra norma, ya que de aplicarse las consecuencias jurídicas de las dos normas se estaría incurriendo en una violación del principio del ne bis in idem” [411]. No importa que la pena del hecho punible consumido pueda ser mayor a la del consumidor. “Según la idea de consunción, la punición de una clase de delitos puede prevalecer a la de otro cuando se verifique una conexión estrecha entre ellos, según la forma en que las cosas generalmente suceden; esto es, cuando la comisión de un delito no necesariamente, pero sí habitualmente, fuera acompañada a la de otro” [412].*

6. A nadie escapa que quien obtiene una ganancia derivada de algún injusto penal, lo hace para utilizarla de una u otra manera o cuanto menos para guardarla procurando evitar la detección de su origen; inhibir esta tendencia natural implica desconocer la inexigibilidad de otra conducta. Raya lo absurdo pretender que el delincuente sea motivado por una norma que le impida redireccionar el producido de un ilícito, cuando ya no se motivó en la norma que le prohibía perpetrarlo.

7. La CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA EL TRÁFICO ILÍCITO DE ESTUPEFACIENTES Y SUSTANCIAS PSICOTRÓPICAS o CONVENCIÓN DE VIENA (Ley N° 16/90) no hace referencia al autoblanqueo, mientras que la CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA DELINCUENCIA ORGANIZADA TRANSNACIONAL o CONVENCIÓN DE PALERMO (Ley N° 2.298/03) supedita la figura a los principios jurídicos fundamentales de los países signatarios (Art. 6 Inc. 2.e). Vale decir, no es una exigencia de *hard law*. Pero tampoco de *soft law*. Dice la Recomendación 3 del GAFI: “Los países pueden disponer que el delito de lavado de activos no se aplica a las personas que cometieron el delito determinante, cuando así lo requieran los principios fundamentales de sus leyes internas” [413].

8. La disimulación es una conducta refleja del autoencubrimiento, que goza de protección constitucional a fuerza del principio *nemo tenetur seipsum accusare* (Art. 18 de la Constitución Nacional paraguaya). *“Así como nadie puede ser imputado de autoencubrimiento (participación en el hecho encubierto), ninguna responsabilidad cabe por el autoblanqueo (ocultamiento de bienes provenientes de un ilícito en el que se ha participado)”* <sup>[414]</sup>. El que pone a salvo las utilidades que consiguió ilícitamente se pone a salvo a sí mismo. *“Sencillamente, no se puede exigir a una persona que ha cometido un delito a entregarse a la Justicia y entregar igualmente los bienes y activos generados por su propio delito para no ser sancionado doblemente. La norma estaría exigiendo así una “autoinmolación” punible con la siguiente contradicción: el autor del delito previo, para no recibir una doble sanción (la segunda por el delito de lavado), estaría obligado en los actos de conversión y transferencia a facilitar a la Administración de Justicia la identificación del origen del activo generado por su delito y en los actos de ocultamiento y tenencia, a poner al descubierto de la Administración de Justicia los bienes, efectos y ganancias de su delito. En el lavado de activos, el autor quebranta así un deber de autoinculpación, esto es: ¡un deber jurídico inexistente!. Si cabe una autoinculpación válida en el Derecho Penal, ella jamás tiene la forma de un deber jurídico, sino de una potestad del propio inculpado reconocida por el ordenamiento penal y procesal penal como parte del derecho a la autodefensa en el marco de las normas penales “premiales” de una justicia negociada”* <sup>[415]</sup>. Aquí no puede argumentarse que el límite al autoencubrimiento es la realización de una nueva actividad delictiva. Primero porque el autolavado no “innova” el ilícito precedente sino completa su *iter criminis* como tenemos visto y segundo porque tal limitación debería reservarse para aquellos casos de notorio exceso o desproporción (*verbigracia*: matar a un testigo para autoencubrirse). Y es que *“(...) lo que se plantea en estos*

*casos (en todos los casos) en que el autor realiza una actividad delictiva para evitar su persecución penal por razón de un delito anterior; es una cuestión de ponderación y por tanto, de límites a una posible justificación de su conducta (necesidad, adecuación, proporcionalidad (...))* [416]. Si puede prescindirse de la pena correspondiente al testimonio falso cuando se hubiera proferido como forma de autoprotección (Art. 245 del Código Penal paraguayo), por qué no aplicar la misma exención para conductas de gradación punitiva similar como el autoblanqueo (en ambos casos con penas privativas de libertad de hasta 10 años), cuando se enderezan al mismo fin.

9. El Art. 196 Inc. 2° del Código Penal paraguayo castiga a quien guarde o utilice algún valor proveniente de un hecho antijurídico *“(...) habiendo conocido su procedencia en el momento de la obtención (...)”*. Va de suyo que esta frase se refiere a ilícitos de terceros, ya que constituiría un pleonasma exigir el conocimiento de la procedencia en los ilícitos perpetrados por uno mismo. En efecto, *“(...) en el caso del autoblanqueo, carece de sentido la referencia al conocimiento del origen delictivo de los bienes (...). Se ha dicho que tal referencia puede resultar perturbadora cuando es el propio interviniente en el delito previo quien realiza actos de blanqueo”* [417].

10. La obstrucción a la restitución de bienes (Art. 194 Inc. 3° del Código Penal paraguayo) no castiga *“(...) al que sea punible por su participación en el hecho anterior (...)”*. Obviamente esta previsión es aplicable a la reducción (Art. 195 del Código Penal paraguayo) y por analogía entonces, también al lavado de dinero (Art. 196 del Código Penal paraguayo). Tal analogía se funda en las coincidencias entre los tres tipos penales, sistematizados todos bajo el Capítulo IV (HECHOS PUNIBLES CONTRA LA RESTITUCIÓN DE BIENES), Título II, Libro Segundo del Código Penal paraguayo. *“El blanqueo de capitales, junto con la receptación y el encubrimiento, forman parte de un grupo conocido en la doctrina como delitos de conexión o*

*de referencia. En estos delitos, la acción típica va conectada o referida a un hecho antijurídico cometido previamente por otro; es decir, presupone un hecho previo al cual se vincula a la manera de una contribución de ayuda posterior (auxilium post factum) (...). Aquí interesa dilucidar qué relación existe entre todos estos delitos de conexión y si es posible una interpretación sistemática razonable desde la perspectiva del bien jurídico tutelado para evitar duplicidad de la persecución penal y atentados contra el principio de proporcionalidad (pena mucho mayor por un injusto en realidad menor) (...). Ahora bien, pese a los esfuerzos por establecer diferencias sustanciales entre las tres figuras penales, lo cierto es que existen y tienen mayor importancia sus características comunes (...). No es raro entonces, que se produzcan problemas interpretativos, cuyas soluciones dependen (claro está) de la formulación específica de los tipos penales. Pero estas soluciones (...) finalmente no dejan de ser artificiales cuando soslayan los aspectos materiales comunes (...) y se contentan con diferencias más bien marginales”<sup>[418]</sup>.*

11. Antes de reformarse en 2.015 y de las recientes excepciones aprobadas por el Bundestag el 11 de febrero de 2.021, el § 261 (9) 2 del StGB excluía sin salvedades “(...) la punibilidad por blanqueo para los partícipes del hecho previo (...)” <sup>[419]</sup>. El Código Penal alemán sirvió de modelo (casi calcado) para el Código Penal paraguayo. En tal sentido, la interpretación histórica coadyuva con los demás métodos interpretativos (gramatical, teleológico, sistemático) para reconstruir la voluntad del legislador contextualizada al momento en que la ley penal debe aplicarse.

Por lo demás, dice el Art. 196 Inc. 11° del Código Penal paraguayo, incorporado por Ley N° 6.452/19: “En los casos en que el hecho antijurídico precedente sea el previsto en el Art. 261 del Código Penal, no será punible por lavado de activos cuando: 1. El que oculte el objeto proveniente del hecho antijurídico previsto en el Art. 261 del Código Penal

*sea autor de ese hecho (...)*". Es obvio que la intención del legislador nacional fue excluir el autolavado cuando el dinero blanqueable se relacione con la propia evasión de impuestos (Art. 261 del Código Penal paraguayo). Empero, lo hizo con una técnica legislativa sumamente deficiente: ¿Por qué solo el que "*(...) oculte el objeto (...)*"? ¿Y las demás conductas típicas de blanqueamiento? ¿Por qué solo el "*(...) autor (...)*" de la evasión impositiva previa? ¿Y los partícipes (cómplices e instigadores)?

Entendemos que la redacción del Art. 196 Inc. 11°.1 del Código Penal paraguayo constituye un recurso lingüístico - normativo para reforzar o acentuar la exclusión de la pena por blanqueo para el autor de la propia evasión impositiva, que de ningún modo permite (por oposición o *contrario sensu* pudiera pensarse) el castigo del autolavado para cualquier participante de algún otro hecho antijurídico anterior, sea cual fuese el verbo típico que ejecute. Nótese que la redacción no contiene excluyentes como "solamente" o "únicamente" que circunscriban al tipo penal recogido en el Art. 261 del Código Penal paraguayo, la improcedencia del autolavado. Además, el argumento "en contrario" solo es residual a la debida interpretación de la norma. *"Así pues, el argumento "a contrario" no es en realidad ni un argumento interpretativo, ya que los argumentos interpretativos deben ser usados con anterioridad a que sea posible echar mano del argumento "a contrario" (...). El resultado de su utilización es dependiente de esa interpretación anterior, por lo que tal resultado se verá condicionado por la doctrina o concepción de la interpretación que el intérprete maneje"* [\[420\]](#).

El Inc. 11°.1 del Art. 196 añadido al Código Penal paraguayo por Ley N° 6.452/19, probablemente haya sido un contrapeso del legislador nacional a la desacertada agregación de la evasión de impuestos al catálogo de ilícitos precedentes por la misma Ley N° 6.452/19 en cuanto modificó también el Art. 196 Inc. 1°.1 del Código Penal paraguayo. Ello en servil consonancia con el GAFI,

que considera una de las “(...) categorías establecidas de delitos (...)” [421] que debieran acogerse como precedentes, a los “(...) delitos fiscales (relacionados a impuestos directos e impuestos indirectos (...))” [422]. “Protagonista entre las instituciones internacionales que se dedican al seguimiento del blanqueo de dinero y financiación del terrorismo, el GAFI (Grupo de Acción Financiera Internacional) ha basado su actuación en el sistema de “Recomendaciones”, que representan medidas y buenas prácticas para combatir estos fenómenos. En la última edición de sus Recomendaciones, revisadas en el año 2.012, el organismo ha establecido que entre las estrategias esenciales que los países deben implementar para adoptar medidas preventivas para la protección del sector financiero [se encuentra] la lucha [contra] determinados delitos especialmente graves. Allí se incluye la lucha contra el fraude fiscal (...), aunque el propio organismo insista en el documento que esta tipificación deberá compaginarse de conformidad con las legislaciones internas de cada país” [423].

Más allá de la recepción normativa, el fraude fiscal no podía constituir un hecho antijurídico fuente del lavado de dinero. Para comenzar, la cuota tributaria evadida no “proviene” (en puridad) del hecho antijurídico (como exige el Art. 196 del Código Penal paraguayo), sino de algún hecho imponible anterior. Es decir, el monto del impuesto evadido no se genera ni ingresa al patrimonio del obligado después de su evasión y como consecuencia de esta, sino que ya se encontraba en el haber desde antes. Si a un facilitador le abonan U\$. 100 por una conferencia, de los que evade U\$. 10 por IVA y U\$. 10 por renta al no facturarla, los U\$. 20 evadidos no son valores “provenientes de la evasión” porque ya los había cobrado con anterioridad. Entonces, para cuando nace la obligación de tributar al cierre del período fiscal respectivo según el tributo, la diferencia entre lo que debía pagarse y lo que se pagó u omitió pagar (la ganancia pretendidamente



blanqueable) ya estaba integrada al peculio del contribuyente (no nació después). En otras palabras, para cuando se consuma la evasión de impuestos, el monto evadido ya se encontraba en poder del evasor por su actividad imponible previa. Ergo, el lucro es anterior y no posterior o derivado del hecho antijurídico en cuestión. *“El objeto material del delito de blanqueo corresponde a bienes que el autor obtiene mediante el delito previo; el autor obtiene algo que no tenía antes del delito. Pero el dinero de quien no pagó sus impuestos no es dinero producto del delito fiscal, de modo que no puede ser objeto del delito de blanqueo”* [424]. Con otro ejemplo: cuando el Abogado omite facturar honorarios por Gs. 10.000.000 (que los percibe enteramente), el IVA y la renta que “se ahorra” no son generados por o desde su evasión (a fin de mes o fin de año), sino por o desde su gestión profesional antecesora.

Podría decirse incluso que *“(...) la cuota defraudada no supone en cuanto tal un incremento patrimonial (...)”* [425]. Es más ahorro o evitación de gasto que aumento de patrimonio. En definitiva, el monto evadido no constituye una ganancia que se genere desde o a partir de la elusión impositiva, por cuanto ya se encontraba en el haber o acervo del autor con anterioridad a la evasión, que se consuma recién con el vencimiento del plazo para declarar y abonar el impuesto respectivo (mensual o anualmente) y luego de determinado el *quantum* eludido por la Administración Tributaria. *“Ahora bien, el dinero defraudado del delito fiscal no se genera a raíz de este sino que ya existía previamente; es decir, no existe el nexo causal mediante el cual, el autor del delito obtiene algo que no tenía antes de cometerlo”* [426]. El fraude fiscal implica más la ocultación (ardidosa) de una deuda tributaria que el ingreso de activos al patrimonio del moroso.

Se produce así una autocontradicción en la descripción típica del lavado de dinero, ya que si bien exige un *“(...) objeto proveniente (...)”* de algún hecho antijurídico, admite el blanqueamiento de la cuota tributaria evadida que en

puridad no “proviene” de la evasión de impuestos, sino la precede como tenemos visto. Esta autocontradicción quebranta la *estrictéz* que debe poseer la norma penal supeditada al principio de legalidad (Art. 1 del Código Penal paraguayo) y compromete la constitucionalidad de la Ley N° 6.452/19 en cuanto incluye a la evasión de impuestos como precursora de la legitimación. Una norma imprecisa no otorga al ciudadano la seguridad (jurídica) que le garantiza el Art. 9 de la Constitución Nacional paraguaya. *“El delito fiscal no genera el dinero que tiene el defraudador, dinero que, con independencia de su origen, estaba ya en su patrimonio. Por lo tanto, si (...) se exige que los bienes objeto de blanqueo procedan de un delito, ese requisito no se da y siendo así, es obligado por respeto al principio de legalidad rechazar su idoneidad para el blanqueo, subrayando además que hacer lo contrario supone una infracción de la regla non bis in idem”* [427].

Para la evasión de impuestos aplican además las mismas razones que ya expusieramos al fundamentar nuestro rechazo del autolavado. Volveré ahora sobre algunas, aunque enfocadas en la figura de marras.

Cuando el legislador estableció las penas para la evasión impositiva ya consideró (en la medida o voltaje de aquellas) el posterior ahorro o uso de la cuota tributaria eludida por el contribuyente. Nadie evade impuestos por el simple hecho de evadir sino en todo caso, para acaudalarse (*guardar*) o gastar sus ingresos de otro modo (*utilizar*). Vale decir, al castigarse como blanqueo la *guarda* o *utilización* (Art. 196 Inc. 2°.2 del Código Penal paraguayo) del dinero propio no ingresado al Fisco, solo se estaría elevando artificialmente la pena de la evasión (que ya prevé sus agravantes en el Art. 261 Inc. 3° del Código Penal paraguayo), castigando un acto posterior copenado de esta y trasgrediendo así el principio *non bis in idem* (Art. 17 Inc. 4) de la Constitución Nacional paraguaya). *“Es mayoritario el sector doctrinal que considera que sancionar como blanqueo de capitales la conducta de convertir o transferir*

*el dinero sucio procedente de un delito fiscal cometido por el mismo sujeto, implica castigar dos veces el mismo hecho. El sujeto es sancionado por una actuación que de manera necesaria viene ligada al delito fiscal (primeramente cometido), ya que lo normal es que el sujeto que defraude a la Hacienda transmita el dinero, lo convierta, oculte o encubra su origen; en otras palabras, parece complicado pensar un supuesto en el que el sujeto defraudador no cometa un acto de blanqueo de manera ineludible. Se defiende que siempre que haya delito fiscal habrá delito de blanqueo de capitales, por lo que se configura como una pena adicional a la tipificada por el delito fiscal (...). Autores cercanos a esta postura y partidarios de que existe una vulneración del bis in idem, defienden que el delito fiscal en estos casos lleva aparejada una pena que satisface el merecimiento de pena de todo el hecho y el supuesto blanqueo es un característico hecho acompañante, necesario para utilizar el dinero no tributado, que resulta copenado en el delito con el fraude fiscal” [428].*

Castigar como lavado de dinero el aprovechamiento o aseguramiento del impuesto rehuido por el obligado a su declaración y pago, implica invadir el *iter criminis* de la evasión en su etapa de agotamiento, incurriendo en una doble y superpuesta persecución penal prohibida. “La sanción como blanqueo de capitales 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 blanqueo de capitales 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 blanqueo de capitales. Vendría a ser una pena adicional para el delito de evasión tributaria. Este choque con la garantía contra la doble incriminación es evidente (...). 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”* [429].

Bajo un enfoque adicional, si la cuantía evadida integra el patrimonio del contribuyente antes de que nazca su obligación de tributar (y por ende antes de consumarse la evasión), se encuentra imbricada y confundida con el resto de su peculio dificultándose individualizar el objeto específico de un eventual lavado de dinero. *“Las cantidades de dinero defraudadas serán parte del patrimonio total o sea, el patrimonio legal y el ilegal se mezclarán y en tal sentido, la parte ilegal no podrá ser individualizada o sea, concretizada de una forma razonable”* [430]. En este escenario de indisolubilidad, *“(…) si bien hay enriquecimiento, no es posible individualizar dentro del patrimonio del autor la parte que corresponde al egreso no realizado como consecuencia de la defraudación y sobre el que pueda luego cometerse un lavado de activos (…). Lo que hay es un patrimonio y una deuda que se debería saldar con parte de ese patrimonio, que aunque pueda expresarse en un porcentaje del patrimonio, no está diferenciado del mismo (…)”* [431].

Desde un punto vista menos dogmático y más práctico, en países todavía informales en materia tributaria como Paraguay, la inclusión del fraude fiscal como ilícito precedente del blanqueo coloca a todo contribuyente en posición de lavador potencial (al menos en la hipótesis del autoblanqueo), permitiendo a los organismos de inteligencia financiera investigar discrecionalmente sus movimientos e imponiendo en la práctica al sector privado la misma exigencia de justificar el origen de sus bienes que pesa sobre el sector público. Por vía de consecuencia entonces, se tipificaría una suerte de “enriquecimiento ilícito de particulares” paralelo al “enriquecimiento ilícito de funcionarios públicos”, extendiendo hasta el absurdo las fronteras de la legitimación de capitales. Tal vez la razón expuesta en este párrafo haya sido la principal motivación

del Art. 196 Inc. 11°.1 del Código Penal paraguayo adicionado por la Ley N° 6.452/19, misma que incluyó como predicado del blanqueo a la evasión impositiva.

En conclusión y por los argumentos expuestos, a criterio del infrascrito, el lavado de dinero es siempre heterolavado. Nunca autolavado. A pesar de que las aguas internacionales corren en sentido contrario, opinamos que para ser penado como tal, el lavador no debió participar en el hecho jurídico subyacente generador de los activos a reconvertir. Y creemos igualmente que la legislación paraguaya brinda suficiente soporte a esta interpretación. El blanqueo es una herramienta legal para perseguir y condenar a favorecedores de tercera personas, entre las que se encuentran los *"gatekeepers"* (profesionales legales, financieros y contables), testaferros y otros particulares, por auxiliar a otros a convertir, ocultar, disimular (la procedencia), frustrar o peligrar (el conocimiento de la procedencia o ubicación, el hallazgo, comiso, comiso especial o secuestro), obtener, transferir, proporcionar, guardar y utilizar los beneficios provenientes de ilícitos previos en los cuales no intervinieron como autores o partícipes, de cara a invertirlos en la economía legal con apariencia de legítimos.

# **EL LAVADO DE ACTIVOS Y LA EXPLOTACIÓN LABORAL: CONDUCTAS ILÍCITAS EN EL MARCO DE LA PRODUCCIÓN TEXTIL**

Patricia Gallo\*

## **I. Introducción a la problemática de la explotación laboral en la industria textil**

La relación entre la trata de personas, la explotación laboral y los talleres textiles clandestinos (TTC) no es una novedad en Argentina. Hoy por hoy, los talleres textiles clandestinos son una situación estructural, consecuencia de la modificación de la industria de la moda en las últimas décadas, del rol del Estado y los cambios en la relación capital/trabajo, es decir, cómo cambió la industria confeccionista en la transición del fordismo al neoliberalismo y como influyó esto en las condiciones laborales. Esta realidad argentina es expresión de una manifestación mayor (a nivel mundial), donde la producción textil se ha trasladado desde grandes fábricas a países periféricos con mano de obra esclava.<sup>[432]</sup>

En Argentina existen aproximadamente unos 30.000 talleres textiles clandestinos (TTC), 5000 de ellos en Buenos Aires, “escondidos en el paisaje de la ciudad”.<sup>[433]</sup>

En general, el trabajo en los TTC es cubierto por ciudadanos migrantes bolivianos que viven, trabajan y crían a sus hijos en el taller, donde son sometidos a extensas jornadas de labor (16 horas o más), salarios irrisorios, restricciones de libertad para entrar y salir del taller, retención de pasaporte, llegando a configurar en muchos casos, trabajo esclavo (reducción a servidumbre por deudas -art. 140 CP-).<sup>[434]</sup>

Los TTC como unidades productivas que requieren de mano de obra intensiva, poseen dos atributos especiales que facilitan la clandestinidad en el sector: necesitan de una inversión de capital de poca envergadura y desarrollan un oficio fácil de aprender. Además, presentan un alto grado de flexibilidad, en el sentido de que permiten desmontar y montar y trasladar fácilmente una unidad productiva de un sitio a otro, y la tercerización del sector permite que la producción se realice en distintos ámbitos con un reemplazo permanente de insumos y productos. Estos factores posibilitan la combinación dentro de la cadena de valor, de segmentos legales con otros clandestinos-sumergidos. Las empresas textiles legales - marcas reconocidas- tercerizan la confección, terminación y planchado en talleres clandestinos o a través de talleres o fábricas intermediarias (estos subcontratan a trabajadores o a su vez a otros talleres).<sup>[435]</sup>

## **II. La transformación de la industria textil**

El surgimiento de los TTC está asociado con una maniobra llevada a cabo por las compañías de moda -a nivel internacional-, para hacer frente al estancamiento y a la inestabilidad económica de fines de los años 70 (fin de los años dorados).<sup>[436]</sup>

En ese contexto, los principales industriales textiles buscaron expandir sus mercados, adquirir mayor

flexibilidad y recortar costos laborales, invirtiendo mayores recursos en marketing -tratando de captar el mercado de las mujeres jóvenes y las que pedían ropa de buen diseño, pero más baratas-. En este esquema -que direccionaba a una masificación de la moda-, las mayores inversiones en publicidad presionaron los costos de mano de obra hacia abajo. Así, las grandes compañías iniciaron una profunda reorganización de sus negocios a través de la *tercerización*: redujeron las operaciones en sus propias fábricas y subcontrataron las fases de mano de obra intensivas a subcontratistas ubicados tanto en países periféricos como en barrios periféricos de las grandes ciudades. Desde entonces, las compañías casi no invierten en grandes fábricas.<sup>[437]</sup>

Con la crisis del fordismo a comienzos de los años 70, los fabricantes de ropa se vieron afectados por la presión competitiva y el estancamiento económico, frente a ello adoptaron como estrategia convertirse en *marcas* o sea, en “fabricantes sin fábricas”, desligándose de “organizar” la producción.<sup>[438]</sup> A partir de ese momento, la publicidad y el local fueron considerados una inversión, pero la confección de la ropa como *un costo*. Con esa lógica, la tercerización como práctica común permite a los empresarios evadir responsabilidades legales por las condiciones y accidentes de trabajo y la transferencia del riesgo empresario de la marca/confeccionista al titular del taller (tallerista), y de éste al trabajador.<sup>[439]</sup>

Los talleres clandestinos hoy por hoy, son un sistemático y consolidado modo de producción en el campo de la fabricación textil. La confección de indumentaria es una industria sujeta al *libre mercado*, sin restricciones de importación en la actualidad. Rige allí el principio de “máxima ganancia empresarial”, a costa del trabajo a destajo de los trabajadores. Ello se traduce en informalidad, bajos salarios, inseguridad laboral y que los trabajadores vivan y críen a sus hijos en el taller y en casos extremos a supuestos de reducción a esclavitud,



servidumbre y trata de personas con fines de explotación laboral.

Dicho lo anterior, puede esquematizarse a la industria textil como una cadena de producción/explotación, donde se distinguen los siguientes “eslabones”:

Por un lado, los grandes empresarios textiles (marcas reconocidas o “fabricantes sin fábricas”) que *no concurren a los talleres* pero ostentan el *poder disciplinador* en la cadena y fijan las reglas del juego, determinando qué y cómo producir y decidiendo unilateralmente los precios pagados por prenda; habitualmente montos inferiores a los exigidos por la legislación vigente.<sup>[440]</sup>

En segundo término, los titulares de los talleres clandestinos o talleristas, quienes ejecutan de mano propia tanto la *captación* como la *explotación* de los migrantes. En general, los talleristas son también ciudadanos bolivianos (que a su vez han sido ya “explotados” en otros talleres); *la connacionalidad con la víctima “captada”, es un elemento esencial en el éxito la captación.*<sup>[441]</sup>

### III. Responsabilidad penal del titular de la marca

El titular de la marca utiliza múltiples estrategias para posicionarse como “ajeno” a la organización del proceso productivo y en este sentido, alega recurrentemente “ignorar las circunstancias en las que se realiza la labor en el taller”. Sin embargo, es difícil sostener el desconocimiento de los empresarios sobre las condiciones reales de producción, puesto que muchas veces es evidente la contradicción entre la infraestructura del TTC y los elevados niveles de producción y márgenes de ganancia obtenidos.<sup>[442]</sup>

Así, la determinación de la responsabilidad de la marca requiere de una evaluación de la capacidad productiva del taller o fábrica intermediaria. Al pedido de una determinada cantidad de prendas en un plazo dado y bajo

las especificaciones técnicas provistas, corresponde una cantidad y variedad de maquinaria y de mano de obra específicas. Si la fábrica no cuenta con ellos, esos procesos son evidentemente *tercerizados*.<sup>[443]</sup>

En este escenario, queda abierta la posibilidad de la responsabilidad penal del titular de la marca frente a dos delitos; en primer lugar respecto de la reducción a esclavitud o servidumbre de los costureros en los TTC y en segundo término, con relación al delito de lavado de activos en referencia a los bienes -prendas- producidas en los talleres, en esas condiciones de explotación laboral. En el primer caso, la responsabilidad se fundamenta en la intervención directa del empresario en la organización de la producción en el TTC que contrata. En la segunda opción, cuando esa contratación no es directa (empresa intermedia) -o no puede probarse-, el delito previsto en el art. 140 CP, se convierte en el delito precedente de donde provienen los bienes a blanquear (prendas textiles), en el lavado de activos (art. 303 CP).

## **IV. Responsabilidad penal del empresario por la explotación laboral**

Aunque los titulares de las marcas permanecen en sus locales de venta mientras los migrantes son explotados en el taller, ello no quiere decir que sean ajenos ya que no hay una “mera relación comercial” entre la marca y el TTC, sino una verdadera relación *laboral de tercerización*; es decir, un *vínculo productivo*. Las marcas proveen de materia prima -y en muchos casos los medios de producción-, contando con mayor poder de determinación sobre el precio de la fuerza de trabajo, la organización en el taller, la modalidad de pago y los niveles de producción.<sup>[444]</sup>

Existen dos instrumentos normativos que permiten sostener la responsabilidad de las marcas frente a la

explotación de los trabajadores y siniestros producidos por las condiciones laborales ilegalmente peligrosas en el taller informal (ello, a pesar de que los contratos entre marca y taller sean verbales).<sup>[445]</sup> Esas normas son: la “Ley de Contrato de trabajo” (LCT, n° 20.744/76) y la “ley de trabajo a domicilio por cuenta ajena” (n° 12.713/41).<sup>[446]</sup>

En mi opinión, los “empresarios sin fábrica” tienen la posición de garante respecto del foco de peligro que configura el proceso productivo textil y la “competencia por organización”, es el planteamiento más acertado para determinar el fundamento y alcance de ese deber de garantía.

En efecto, las leyes 20.744 y 12.713 extienden la posición de garantía que el empresario tiene en el “ámbito físico de su empresa”, a un *espacio externo* a este: al lugar (taller) donde se desarrolla una parte de la producción *correspondiente a la actividad normal y específica propia de su establecimiento* (en términos del art. 30 de la ley 20.744). Es decir, según estos instrumentos normativos, el titular de la marca ostenta el poder de dirección sobre la dinámica productiva del taller subcontratado y ello porque, aunque en rigor la marca “no produce” (en su propio establecimiento) los productos que vende (y de los que se beneficia económicamente), sí es cierto que *pone en funcionamiento la producción* al subcontratar al tallerista y decide qué, cuánto y cómo producir, imponiendo las reglas mediante las cuales *se organiza la producción*.<sup>[447]</sup> De este modo, el concepto de *competencia por organización* como fundamento de la responsabilidad penal del empresario textil, trasciende un criterio “meramente geográfico” respecto del *establecimiento empresarial* (en sentido físico).

En este esquema “extensivo”, la subcontratación del taller debe entenderse como una delegación y el tallerista subcontratado debe ser considerado un *delegado - subalterno- del empresario* (la ley 12.713 considera al titular del taller como un *empleado* del contratista).<sup>[448]</sup>

Ahora bien, con la delegación no se extingue el núcleo esencial del deber primario y originario que consiste en garantizar la observancia del cuidado necesario para evitar en la medida de lo posible -y exigible-, que del círculo de organización de la empresa se deriven daños para terceros. La delegación no implica la pérdida de la titularidad de la competencia.<sup>[449]</sup> De ahí que el delegante mantenga o retenga determinadas funciones sobre la actividad de su delegado. En definitiva, mediante la delegación, el delegante gestiona su ámbito de competencia y como gestor, *mantiene en su ámbito de organización ciertos deberes “residuales”*.

En este contexto, el titular de la marca que se “desentiende” de cómo se configura la dinámica productiva en el taller (donde no se brindan las condiciones legales de seguridad y se explota laboralmente a los costureros) es responsable penalmente por los resultados lesivos producidos (muerte y lesiones por accidentes laborales y reducción a esclavitud o servidumbre), en lo que legalmente se considera una *extensión de su ámbito de competencia*.

El fundamento de la responsabilidad del delegante por la actividad delictiva del delegado reside en que el desarrollo de la actividad del segundo tiene lugar en el ámbito de organización del primero, de forma que a éste le sigue incumbiendo, pese a la delegación, el cumplimiento de los deberes de vigilancia y supervisión relativos a que de su *propio* ámbito de organización no surjan peligros para terceros (también en forma de actividades lesivas que puedan partir del delegado en el marco de aquel ámbito).<sup>[450]</sup>

Desde esta óptica, el empresario debe ser considerado un “partícipe necesario” (por omisión) en el delito cometido por el titular del taller, en tanto autor o ejecutor directo.<sup>[451]</sup>

## V. Responsabilidad penal del empresario por el delito de lavado de activos

### 5.1 Introducción

Además de la posible participación del empresario en el delito de reducción a servidumbre o esclavitud, ejecutado por el tallerista, debemos analizar también la eventual responsabilidad penal de aquel, por el delito de lavado de activos (art. 303 CP).

Antes de abordar este punto, es necesario señalar que este análisis se efectuará de modo independiente a su eventual participación en el delito previsto en el art. 140 CP, desarrollado anteriormente. Es decir, sin adentrarme en la posibilidad de que el empresario cometa “autolavado”, por haber intervenido efectivamente en el delito precedente (reducción a servidumbre o esclavitud cometido en el taller).

Dicho esto, comenzaré con un breve comentario sobre el delito de lavado de activos.

El art. 303 del CP, en su parte pertinente dispone: *“1) Será reprimido con prisión de tres (3) a diez (10) años y multa de dos (2) a diez (10) veces del monto de la operación, el que convirtiere, transfiriere, administrare, vendiere, gravare, disimulare o de cualquier otro modo pusiere en circulación en el mercado, bienes provenientes de un ilícito penal, con la consecuencia posible de que el origen de los bienes originarios o los subrogantes adquieran la apariencia de un origen lícito, y siempre que su valor supere la suma de pesos trescientos mil (\$ 300.000), sea en un solo acto o por la reiteración de hechos diversos vinculados entre sí...”*

Tanto el término “blanqueo” como el término “lavado”, que son los usuales para denominar esta actividad delictiva, tienen, en palabras de Lascurain Sánchez, un “afortunado componente metafórico”, ya que se trata de

hacer aparecer como blanco o limpio lo que en realidad es negro o está sucio, y ocultar esa realidad. La negrura o suciedad califica el origen del dinero o del bien a lavar, en un delito previo. El lavado de activos tiene así tres elementos esenciales: opera sobre bienes de origen delictivo (de lo contrario no habría nada que “lavar”), oculta tal origen y pretende incorporar tales bienes al tráfico lícito.<sup>[452]</sup> Es el proceso en virtud del cual los bienes de origen delictivo se integran en el sistema económico legal con apariencia de haber sido obtenidos de forma lícita.<sup>[453]</sup>

En esta lógica, blanquear no es realizar *cualquier* conducta con los bienes procedentes de un delito sino solo actos cuya funcionalidad específica o preferente sea la de *ocultar o encubrir tal origen ilícito*. Estas conductas son disvaliosas desde varios puntos de vista. En primer lugar, contribuyen al daño al bien jurídico del delito del que proceden los bienes blanqueados, creando un escenario fértil para tales delitos, obstaculizando su persecución e intensificando su daño propio cuando son patrimoniales. Además, el blanqueo daña el sistema económico, al constituir una suerte de competencia desleal. Finalmente, puede coadyuvar al nocivo poder de las organizaciones criminales, facilitándoles vías de influencia aparentemente legales.<sup>[454]</sup> Es decir, estamos ante un delito pluriofensivo, aunque no existe acuerdo en la doctrina argentina respecto de los intereses protegidos y en ese sentido, las distintas posturas señalan al orden socioeconómico, la libre competencia y la Administración de Justicia.<sup>[455]</sup>

## 5.2 *El delito precedente*

En la génesis del lavado de activos existe un hecho delictivo. Este ilícito que sirve de fuente al dinero (o bien)

“mal habido” es lo que se conoce como *delito precedente*, cuya mancha pretende borrarse con el posterior lavado.<sup>[456]</sup>

El delito precedente debe ser *funcional* al delito de lavado; y en esa exégesis solo pueden ser delitos previos aptos, aquellos que *generan la ganancia ilícita* que luego será objeto de las diversas conductas típicas del lavado de activos.<sup>[457]</sup> El tipo penal de lavado exige la *disponibilidad* del bien y hay una *relación inexorable* entre el delito precedente y esa disponibilidad u obtención del dinero o bienes.

En esta lógica, el delito de reducción a servidumbre o esclavitud cometido por el titular del TTC cumple con esos requisitos, en la medida en que permite la producción de bienes -prendas de indumentaria- bajo condiciones -ilícitas- de labor impuestas a los costureros, a un costo más barato y a un ritmo más rápido, de la que el empresario se beneficia. En este sentido, el empresario obtiene de manos del titular del taller o del intermediario, la

disponibilidad de esos bienes (prendas textiles) que luego blanquea.

Con relación al aspecto subjetivo del delito de lavado, en las conductas *post* delictuales, la ilicitud del comportamiento posterior se basa en que su autor conoce o se representa el hecho previo y en que, por eso, actúa en un marco de ilegalidad.<sup>[458]</sup> En este sentido, el autor del delito posterior -lavado- tiene que conocer o, por lo menos, haberse representado con indiferencia el delito anterior, es decir exige dolo respecto de ese elemento del delito de conexión, pero puede alcanzar con el dolo eventual.<sup>[459]</sup>

### 5.3 Estructura típica del lavado de activos

Según la configuración del art. 303 CP, “convertir, transferir, administrar, vender, gravar y disimular (lista no exhaustiva) son *modos de poner en circulación en el*

*mercado, los bienes provenientes de un ilícito penal, con la consecuencia posible de que adquieran la apariencia de un origen lícito.*

Actos meramente materiales de ocultamiento o disimulación de un bien o de su origen ilícito no constituyen, en esta formulación, acción típica de lavado, aun cuando tuvieran aptitud para darle apariencia de un origen lícito.<sup>[460]</sup> Lo prohibido es la realización de una maniobra “cosmética” que permita, como consecuencia posible, que el autor pueda mostrar a la sociedad que obtuvo su dinero ejerciendo una actividad lícita, cuando en realidad no ha sido así.<sup>[461]</sup>

Este señalamiento se traduce en la exégesis de que “... *la mera adquisición de bienes con dineros malhabidos no constituye el delito de lavado, pues así “no se lava nada”. El lavado exige que ese dinero obtenido ilícitamente aparezca, mediante alguna estrategia, como obtenido lícitamente, pues esa es la condición para dotar al insumo (bien) de una calificación (de licitud) de la que antes carecía.*”<sup>[462]</sup>

En este esquema, lo que se exige es “un procedimiento de conversión”<sup>[463]</sup> en virtud del cual, los bienes de procedencia ilícita “sean camuflados” para dar una apariencia de legalidad. Sin embargo, no es necesario que la maniobra logre efectivamente la apariencia lícita, sino que basta con que las acciones en tal sentido, *sean aptas* para lograrlo, por eso no puede interpretarse al art. 303 CP como un delito de resultado y tampoco como un delito de peligro concreto, sino más bien como un delito de peligro abstracto-concreto.<sup>[464]</sup> En esta lógica, la expresión típica “*con la consecuencia posible de que el origen de los bienes originarios o los subrogantes adquieran la apariencia de un origen lícito*” configura una “cláusula de idoneidad del peligro”. Por ello, acciones que carecen *ab initio* de esa aptitud, caen fuera del tipo.<sup>[465]</sup>

La exigencia típica de introducir los activos maculados en los mercados económicos legales, halla su razón en el bien jurídico que el delito protege, esto es el “orden



económico y financiero”. Este bien jurídico supraindividual, solo se verá alterado o afectado cuando los bienes ilegales *se integren en el circuito económico y financiero legal*. Mientras los activos permanezcan ocultos, por ejemplo en una caja de seguridad, sin que sean puestos en circulación, la lesividad del delito no proyecta sus efectos. En definitiva, hay lavado de activos solo cuando dichos activos ingresan al circuito de los mercados formales de la economía. Pero solo la puesta en circulación no basta para completar la conducta típica del art. 303 del CP; es necesario además, que la maniobra encarada por el autor tenga aptitud para disimular el origen ilícito de los bienes.<sup>[466]</sup>

En general se identifican tres etapas que se utilizan en el delito de lavado de activos, ellas son: la *colocación*, la *diversificación* y la *integración*, con la finalidad de dar apariencia de actividad legal al dinero o bien.<sup>[467]</sup>

La “colocación”, hace referencia al dinero, y alude a su introducción en la economía, poniéndolo a circular a través de entidades financieras, casinos, casas de cambio, etc. Se hacen depósitos de cantidades medianas con la finalidad de no levantar sospechas, ya sea en diferentes bancos o en el mismo.<sup>[468]</sup>

La “diversificación” u “ocultamiento” tiene como objetivo dificultar a las autoridades el rastreo de documentación, la fuente y la propiedad de los fondos o bienes, es decir, se busca desdibujar la transacción original. Por eso se hacen operaciones en el exterior, en países con poco control de lavado de activos. Una de las técnicas más comunes es la sobrefacturación de exportaciones o ventas ficticias en el extranjero. También se suele sobrefacturar importaciones para ingresar al país mercancía, autos, tecnología, etc., ocultando su procedencia y maquillando el contrabando.<sup>[469]</sup>

En la última fase, la “integración”, se busca que no se pueda diferenciar entre el dinero o bien legal y el ilegal y lo que se logra es que el dinero o bien proveniente de un delito, circule en la economía formal.<sup>[470]</sup>

En el caso que nos ocupa, las estrategias del empresario textil se relacionan con la segunda y tercera fase, esto es la “diversificación u ocultación” y la “integración”.

## 5.4 Consideraciones Finales

Se ha señalado que en el recurso de la tercerización, las grandes marcas de indumentaria han optado entre dos estrategias distintas: tercerizar la producción a talleres intermedios registrados, que a su vez tercerizan a talleres clandestinos, o directamente distribuir las prendas entre los talleres clandestinos.<sup>[471]</sup>

En la primer estrategia, la “fábrica intermediaria” contratada por la marca se ocupa, generalmente, de la primeras partes del proceso productivo (elaboración de las telas, su corte en distintas partes) y de las últimas (control de calidad, etiquetado, lavado, empaquetado y distribución), delegando a talleres la etapa central de la costura y confección de las prendas.<sup>[472]</sup>

En el segundo sistema de tercerización (contacto directo con el TTC), y conforme se ha desarrollado antes, puede verse claramente que el empresario *organiza la producción*, con las consecuencias jurídico penales destacadas en los puntos anteriores.

Pero cuando se contrata a una empresa intermedia, la transparencia de los vínculos en la cadena de producción “se oscurece”. En general, es ese el objetivo buscado por el empresario y por eso esta práctica se relaciona con la etapa de diversificación u ocultamiento, relativa al lavado de activos.

En efecto, muchas veces la maniobra del empresario consiste en contratar empresas “fantasmas” intermediarias para evitar la contratación directa con el taller y de ese modo, *dificultar a las autoridades el rastreo de documentación relativa a la producción de las prendas textiles y complicar la trazabilidad, es decir, se recurre a*

*este intermediario que actúa a modo de “cortafuego”,<sup>[473]</sup> respecto de una posible investigación administrativo/judicial que no podrá seguir el rastro del proceso completo de evolución del producto. Con esta estrategia, también evita deliberadamente tener conocimiento sobre el taller clandestino que efectivamente producirá las prendas.*

Así, para reducir los riesgos de denuncia por explotación laboral, recientemente los empresarios han incluido un nuevo eslabón en la cadena de producción: intermediarios registrados e incluso con cierta capacidad de producción, es decir las llamadas “fábricas pantallas”, que puedan ser presentadas por las marcas como proveedores “en blanco” que ocultan la informalidad aguas abajo ante las autoridades. De este modo, también pueden culpar al intermediario en caso de que se detecten prendas o etiquetas de la marca en el taller, aduciendo que la subcontratación se realizó con el *desconocimiento de la empresa.*<sup>[474]</sup>

Este recurso del empresario puede ser “eficaz” tanto para complicar que se le impute el delito de la explotación laboral en el taller, como el delito de lavado, respecto de la indumentaria allí producida.

En este sentido, se han presentado denuncias a la Justicia Penal Federal, que hacen alusión a ciertas firmas que aparentan ser quienes confeccionan para importantes marcas (entre ellas, extranjeras) pero que en realidad tercerizan en “talleres del sudor”.<sup>[475]</sup> La Fundación “La Alameda”<sup>[476]</sup> ha denunciado que por lo menos 130 marcas, entre las más conocidas, utilizan los TTC para abaratar su producción, pero esta relación *suele no ser directa*; la marca líder contrata la confección con una empresa intermediaria que es a su vez, la que encarga el trabajo a los talleres, *“la empresa tercerizada es la que le factura a la gran empresa de ropa de marca como si hiciera el trabajo por sí misma; es la que compra la tela, encarga su lavado, teñido, puede que haga por sí misma los cortes, y*

*después lo manda a costura al taller. Si la prenda sale de costo total 100 pesos, seguro que al trabajador que la cosió no le dieron más de 3 pesos por prenda. Y a la vidriera del shopping puede llegar a 1000 o 1500 pesos*". Estas firmas tercerizadas serían en este esquema, la "clave del circuito", en tanto *legalizan el proceso de producción*.<sup>[477]</sup>

Sin embargo, esa "legalización" no es otra cosa que una "pantalla" que oculta el verdadero origen de los productos: su elaboración mediante prácticas de explotación laboral, en muchos casos extremas, propias de la reducción a esclavitud o servidumbre de los costureros.

Sentado lo anterior, puede verse claramente la identificación de esta estrategia empresarial del recurso a la "empresa intermedia", con la estrategia de la diversificación u ocultación, en tanto una de las etapas propias del delito de lavado de activos.

Este comportamiento puede ser encuadrado en el verbo típico "disimular" del art. 303 CP, entendido por la doctrina como "ocultar o encubrir de manera engañosa el origen espurio de los fondos o bienes puestos en circulación en el mercado".<sup>[478]</sup>

El modo de "disimular" o esconder ese origen es recurriendo a la "empresa pantalla", como un eslabón nuevo en la cadena de producción de las prendas que *bloquea* el camino para develar la génesis del bien (TTC) y que también está pensado como posible "barrera de imputación" de cualquier delito cometido en el taller clandestino, en tanto "aleja" al empresario de la organización del proceso productivo en dichos centros laborales.

Por su parte, en la fase de "integración", como se ha señalado, se busca que no se pueda distinguir entre el bien legal y el ilegal.

El empresario desarrolla esta estrategia mediante la *colocación de su signo marcario*, en el producto de "origen sucio"; de ese modo logra que no se pueda diferenciar entre las piezas de indumentaria producidas ilegalmente en

el TTC y aquellas elaboradas “en regla”, en una fábrica habilitada y cumpliendo con todos los requisitos legales de producción.

En este sentido, la etiqueta de marca además de identificar al producto para ocultar su origen sucio, también juega un papel esencial en la última parte de la estrategia de lavado de bienes del empresario textil y que consiste en la *puesta en circulación* de las prendas “blanqueadas”, ya que tiene la finalidad concreta de *instrumentar su comercialización en el mercado*.<sup>[479]</sup> De este modo se procura que el bien originado en el ilícito, integre el circuito formal de venta, porque luego de ser identificado por la marca legal, su destino no será un mercado informal, sino locales de venta habilitados, centros comerciales o shopping (mercado formal).

Es preciso destacar que los talleres clandestinos no se vinculan solo al comercio informal, *sino que producen casi el 80% de la indumentaria total en Argentina*.<sup>[480]</sup> De este modo, la economía ilegal (TTC) es aprovechada por la economía formal en etapas posteriores de venta y comercialización de las prendas. Ya sea que el segmento productivo ilegal es demandado directamente, desde un inicio, por los actores de la economía formal cuando entregan la tela al titular del taller, para comenzar el proceso de confección; o cuando tercerizan su producción a talleres legales (intermediarios) que se conectan con los ilegales.

Finalmente, respecto del aspecto subjetivo del delito (basta con dolo eventual), no puede perderse de vista que el empresario cuando recurre a la empresa “pantalla”, lo hace para “evitar tener contacto y conocer” al taller clandestino que contratará la intermediaria, pretendiendo de ese modo, construirse una alegación que en el caso de ser descubierto, le exonere de su responsabilidad.<sup>[481]</sup>

En ese contexto, el recurrente argumento del “desconocimiento” planteado por el empresario respecto de las condiciones de explotación laboral en que se producen

las prendas, pone sobre el tapete el debate sobre la utilización de la “ignorancia deliberada” como figura jurídica, para abarcar esta situación. En efecto, no querer saber aquello que puede y debe conocerse, y sin embargo beneficiarse de esta situación, es una manera de asumir y aceptar todas las posibilidades del origen del negocio en el que participa, y por lo tanto debe responder de sus consecuencias<sup>[482]</sup>.

# **EL CONTROL JURISDICCIONAL DE LA INTERVENCIÓN DE LAS COMUNICACIONES TELEFÓNICAS. ESPECIAL REFERENCIA A LA LEGISLACIÓN PARAGUAYA**

Manuel Guanes Nicoli\*

## **I. Introducción**

Sin duda, la intervención de las comunicaciones afecta de manera palpable derechos fundamentales, tales como la inviolabilidad de la comunicación privada, la confidencialidad de la palabra, la privacidad y la intimidad de las personas, es por ello, que las legislaciones, en su mayoría tiene un catálogo numerus clausus de delitos que pueden ser investigados por esta vía, generalmente todo lo relacionado a de delitos complejos y crimen organizado.

Al respecto de la noción, significado, naturaleza jurídica de tales medidas, así como al alcance en cuanto se refiere a los derechos que afectan, se ha referido que las mismas son aquellas medidas instrumentales restrictivas del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones privadas, ordenadas y ejecutadas en la fase instructoria de un proceso penal bajo la autoridad del órgano jurisdiccional competente frente a un imputado u otros sujetos de los que éste se sirva para comunicarse, con el fin de, a través de la captación del contenido de lo comunicado o de otros

aspectos del proceso de comunicación, investigar determinados delitos, averiguar el delincuente y, en su caso, aportar al juicio oral determinados elementos probatorios.<sup>[483]</sup>

O como todo acto de investigación, limitativo del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, por el Juez de Instrucción, en relación con un hecho punible de especial gravedad y en el curso de un procedimiento penal, decide, mediante auto especialmente motivado, que, por la policía judicial se proceda al registro de llamadas y/o efectuar la grabación magnetofónica de las conversaciones telefónicas del imputado durante el tiempo imprescindible para poder preconstituir la prueba del hecho punible y dilucidar la participación<sup>[484]</sup>.

Por su parte, el Tribunal Supremo español se ha pronunciado refiriendo que: “Las intervenciones telefónicas (vulgarmente denominadas escuchas telefónicas) implican una actividad de control de las comunicaciones entre particulares a través de dicho medio y pueden conceptuarse como unas medidas instrumentales que suponen una restricción del derecho fundamental del secreto de las comunicaciones y que aparecen por el Juez de Instrucción en la fase instructora o sumarial del procedimiento penal, bien frente al imputado, bien frente a otros con los cuales éste se comunique, con la finalidad de captar el contenido de las conversaciones para la investigación de concretos delitos y para la aportación en su caso, de determinados elementos probatorios”<sup>[485]</sup>.

Como se puede notar, tanto la doctrina como la jurisprudencia destacan que la cuestión central de la cuestión pasa por la intromisión por parte del Estado en las esferas privadas de los particulares, por lo que la orientación del presente trabajo será desde una perspectiva que pretende limitar la actividad punitiva del estado, el *ius puniendi*, que lo ejerce a través de las agencias de investigación.



En cuanto a los derechos que afectan la intervención de las comunicaciones telefónicas, merece la pena realizar algunas puntualizaciones, la Declaración Universal de Derechos Humanos, adoptada por la Asamblea General de la ONU el 10 de diciembre de 1948, en su artículo 12 refiere que “Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques.”. En el ordenamiento jurídico paraguayo se encuentran tuteladas en primer lugar, en la Constitución Nacional, artículo 33 que habla del derecho a la intimidad,<sup>[486]</sup> por su parte, el artículo 36 se refiere al derecho a la inviolabilidad del patrimonio documental y de la comunicación privada<sup>[487]</sup>. En cuanto a disposiciones relativas a la intervención de las comunicaciones y las consecuencias de su ilicitud y el régimen de nulidades,<sup>[488]</sup> el Código Procesal Penal Paraguay reglamenta la medida en el artículo 198, que se refiere a la interceptación y secuestro de la correspondencia, el artículo 199 a la apertura y examen de la misma y el 200 a la intervención de las comunicaciones<sup>[489]</sup>.

En los textos citados se utilizan términos, casi de manera indiferente, tales como dignidad, privacidad, secreto de las comunicaciones o correspondencia, honra, reputación, etc. esto llevó, a parte de la doctrina al intento de delimitar los ámbitos de protección, en algunos casos diferenciando el derecho a la intimidad del derecho al secreto de las comunicaciones, como si se tratase de cuestiones diferentes, aunque íntimamente vinculadas, es por ello, que se ha sostenido que el criterio para distinguir ambos derechos es que mientras que la intimidad es un concepto de carácter material mediante el cual el ordenamiento designa el área o espacio que cada individuo reserva para sí, el derecho al secreto de las comunicaciones privadas posee un contenido rigurosamente formal.

El Tribunal Constitucional español, en su momento refirió que: “el concepto de secreto tiene un carácter formal, en el sentido de que se predica de lo comunicado, sea cual fuere su contenido y pertenezca o no el objeto de la comunicación misma al ámbito de la persona, lo íntimo o lo reservado, condición formal que se identifica siempre con una presunción ‘iuris et de iure’ de privacidad.<sup>[490]</sup>

La cuestión refleja que las comunicaciones son siempre secretas, pero no siempre su contenido afectará a la intimidad, dignidad, privacidad, honor o reputación o cualquier otro ámbito de la vida privada del particular, se proyecta tanto sobre el proceso de comunicación como sobre el contenido de la misma, aunque éste no quede en la esfera de lo íntimo, así como incluso sobre la identidad subjetiva de los interlocutores, tal afirmación no es baladí, ya que lo mismo puede llevar a discriminar aquello que puede ser objeto de prueba en un proceso penal y aquello que debe ser desechado, no tanto, por el hecho de que no guarden relación con lo investigado, sino porque el contenido podría afectar de manera importante las esferas privadas de una persona o su familia, lo cual en algunos casos, debería ser excluido de la investigación conforme al principio de proporcionalidad y a su vez pone énfasis en el necesario e ineludible control jurisdiccional que no siempre está presente como veremos.

Conviene adelantar, que las cuestiones aquí tratadas no tendrán tanto que ver con la orden o autorización de intervención de las comunicaciones en sí, que como se sabe, debe ser por auto fundado, con un plazo limitado de tiempo, cumpliendo los principios de los principios de especialidad, idoneidad, excepcionalidad, necesidad y proporcionalidad entre otros, ya que de lo contrario se estarían vulnerando derechos fundamentales, sino lo que interesa analizar es el control jurisdiccional en cuanto se refiere a la ejecución y resultado de tal medida.

Antes de entrar en el tema central, merece la pena señalar que, para que la intervención de las

comunicaciones telefónicas se encuentre dentro de los límites constitucionalmente establecidos se deben respetar ciertos presupuestos.

## **II. Autorización judicial y excepciones**

En su mayoría las legislaciones establecen que la medida solo puede ser dictada mediante resolución debidamente fundada, la exigencia de la motivación de la intervención de las comunicaciones no proviene únicamente de la ley sino del propio carácter limitativo de los derechos fundamentales que tiene tal medida, no obstante, algunas admiten excepciones, por citar algunas, en el legislación Argentina, al hablar de la intervención de las comunicaciones en el Código Procesal Penal, en su artículo 236<sup>[491]</sup> se dispone que el juez podrá ordenar la intervención de las comunicaciones telefónicas, mediante auto fundado, así como los registros que hubiere de las comunicaciones del imputado o de quienes se comunicaran con él,<sup>[492]</sup> no obstante, en caso de ciertos delitos considerados graves y cuando no admita demora las facultades podrán ser delegadas al representante del Ministerio Público "...con inmediata comunicación al Juez, quien deberá convalidarla en el término improrrogable de veinticuatro horas, bajo pena de nulidad del acto y consecuente ineficacia de la prueba introducida a partir de él".

En el caso de la legislación española ocurre algo similar en la Ley de Enjuiciamiento Criminal<sup>[493]</sup> donde también se prevé la excepción a la autorización judicial cuando se estén investigando delitos relacionados con la actuación de bandas armadas o elementos terroristas, en tales casos podrá ordenarla el Ministro del Interior o, en su defecto, el Secretario de Estado de Seguridad y de la misma se comunicará inmediatamente al juez competente.

### III. Presupuestos

Existe cierto consenso al señalar cuáles son los presupuestos y los principios que se deben respetar al momento de intervenir las comunicaciones, en ese sentido, se parte del principio de proporcionalidad del que derivan, a su vez, la especialidad, la idoneidad, la necesidad de la medida y el límite temporal de la misma. La proporcionalidad, se erige sin duda, como principio rector de toda injerencia en derechos fundamentales y como límite del *ius puniendi*, se podría decir que el mismo, se reduce a la ponderación de bienes en juego, puesto que no se pueden sacrificar derechos fundamentales sin que estén de por medio intereses superiores que lo justifiquen. La proporcionalidad requiere que el sacrificio de los derechos e intereses de los afectados no sea superior al beneficio que de su adopción resulte para el interés general.

En apretada síntesis se pasa a mencionar los presupuestos mayoritariamente requeridos:

#### Especialidad

En virtud de la especialidad se exige que la autorización de las comunicaciones esté vinculada con la investigación del delito en concreto, debe existir una sospecha con base objetiva del hecho.<sup>[494]</sup> La especialidad se halla vinculada a la finalidad de la medida es por ello que, la autorización deberá estar debidamente fundada y deberá detallar en la medida de lo posible, lo que se pretende con la intervención en cuanto a la base fáctica con la que se cuente en ese momento, debiendo evitarse siempre autorizar intervenciones de manera genérica, “...no cabe decretar una intervención telefónica para tratar de descubrir de manera general e indiscriminada actos delictivos”.<sup>[495]</sup>

No obstante, matizando la cuestión cabe referir que si bien no está permitida la intervención de las comunicaciones sobre hechos que no son objeto de una investigación concreta, en caso de que se obtengan datos o hechos nuevos deberá solicitarse una nueva autorización judicial, sobre esto último resulta interesante la figura de los “hallazgos casuales” prevista en la legislación española,<sup>[496]</sup> entre otras.

#### Idoneidad

Aquí lo que se pretende es asegurar que la intervención de las comunicaciones, para el caso concreto, resulte de utilidad para el avance de la investigación, lo adecuado de la misma debe ser establecido y verificado ex ante por el órgano de control jurisdiccional. Por tanto, si aún existiesen otros medios adecuados deberá optarse previamente por ellos.

#### Necesidad o subsidiariedad

Cuando se habla de necesidad se piensa en el hecho de que en el caso concreto no existen otros medios útiles, pero a la vez menos invasivos para los derechos fundamentales del investigado, por lo que la medida debe resultar imprescindible para obtener lo que se pretende. Sobre el punto, merece la pena referir que en la resolución en virtud de la cual se autorice la intervención de las comunicaciones debería plasmarse el indispensable e ineludible juicio de ponderación de bienes acerca de la necesidad de la medida.<sup>[497]</sup>

#### Límite temporal

Resulta de vital importancia que las autorizaciones de intervención de las comunicaciones sean por un tiempo limitado, fijado este por el órgano jurisdiccional, en algunas legislaciones se establece un plazo máximo de duración en otras quedan al

arbitrio del juez dependiendo de la necesidad de la continuidad de la misma.

Bien, habiéndose enunciado, aunque someramente, los presupuestos mínimos mayoritariamente reconocidos para la autorización de la intervención de las comunicaciones, a continuación, se abordará la cuestión central que tiene que ver con el control jurisdiccional de las citadas medidas, en su fase de ejecución y de resultados.

## **IV. El Control Jurisdiccional**

El control por parte del órgano judicial de la autorización de la intervención de las comunicaciones telefónicas, resulta de esencial importancia, no sólo en cuanto a los presupuestos antes mencionados, sino en cuanto a la ejecución y el resultado de la misma, mediante ello lo que se pretende es la vulneración del secreto de las comunicaciones en sí y todo el contenido de la misma, el juez a cargo está obligado a evitar que la medida afecte la intimidad, dignidad, privacidad, honor, reputación o cualquier otro ámbito de la vida privada del investigado y ese deber es absolutamente indelegable e insustituible.

El control de la ejecución de la medida, en este caso, tiene rango constitucional, no solo por el hecho de que la intervención de las comunicaciones telefónicas vulnere el derecho del secreto de las mismas sino por el hecho de que, mientras dure la misma no resulta posible el ejercicio de la defensa del investigado, como es obvio.

Por citar algunas legislaciones sobre el asunto, se puede observar que el caso de la española la regulación se recoge, aunque de manera general, en la Ley de Enjuiciamiento Criminal dentro de las disposiciones comunes aplicables a todas las medidas de investigación tecnológica, en el artículo 588 bis g) y, en referencia en concreto a la grabación de comunicaciones orales, en el art. 588 d). El

primero de los preceptos citados dispone que la Policía Judicial ha de informar al Juez de Instrucción del desarrollo y resultados de la medida cuando, por cualquier causa se ponga fin a la misma, y en la forma y con la periodicidad que judicialmente se determine. Por su parte, el art. 588 quáter d) establece como elementos de control, que la Policía judicial debe poner a disposición de la autoridad judicial “el soporte original o copia electrónica auténtica de las grabaciones e imágenes”, debiendo ir acompañada de “una transcripción de las conversaciones” que se consideren de interés. Los funcionarios no están autorizados a realizar copias y guardarlas, pues han de entregar todos los soportes a la autoridad judicial y además que en el informe se ha de identificar a todos los agentes intervinientes que hayan participado en la ejecución y seguimiento de la medida, el objeto de esto último es que los intervinientes puedan ser citados como testigos durante el juicio.

En de la Paraguay las reglas de la intervención de las comunicaciones, así como las del control judicial de la medida vienen establecidas en el Código Procesal Penal en los artículos 198 en adelante, en cuanto al control, que es lo que por ahora interesa, en el artículo 199 “Apertura y examen de correspondencia” se establece que: “Recibida la correspondencia o los objetos interceptados, el juez procederá a su apertura haciéndolo constar en acta. Examinará los objetos y leerá para sí el contenido de la correspondencia. Si guardan relación con el procedimiento ordenará el secuestro; en caso contrario, mantendrá en reserva su contenido y dispondrá la entrega al destinatario.” Y el artículo 200 dispone que: “...El resultado sólo podrá ser entregado al juez que lo ordenó, quien procederá según lo indicado en el artículo anterior; podrá ordenar la versión escrita de la grabación o de aquellas partes que considere útiles y ordenará la destrucción de toda la grabación o de las partes que no tengan relación con el procedimiento, previo acceso a ellas del Ministerio

Público, el imputado y su defensor. La intervención de comunicaciones será excepcional”<sup>[498]</sup>. Como se puede observar las reglas son bastante claras y prácticamente no queda margen de interpretación en cuanto al control de la ejecución y del resultado de la diligencia, deber que incumbe al órgano jurisdiccional.

## **V. Alcance del control**

En cuanto al alcance y exigencias del control jurisdiccional existen posturas divergentes, por un lado, están aquellos que asumen una postura más laxa al considerar que lo que realmente importante es que el órgano jurisdiccional no se desentienda de la diligencia y la controle en la medida de las posibilidades, y por el otro, están los que exigen un control exhaustivo de la diligencia lo que obliga a la transcripción literal de todo el contenido, la identificación de los agentes intervinientes y la posterior entrega de todo lo grabado en un soporte original a fin de discriminar lo que resulta útil para la investigación, ordenando la destrucción de toda la grabación o de las partes que no tengan relación con el procedimiento, previo acceso a ellas del Ministerio Público, el imputado y su defensor, labor y deber que recae en el órgano jurisdiccional.

Al respecto merece la pena señalar lo expresado en un fallo del Tribunal Supremo español,<sup>[499]</sup> en cuanto a los presupuestos de la intervención de las comunicaciones telefónicas, en el que se establecen las exigencias al control judicial, señalando que incumbe al órgano jurisdiccional:

Una resolución judicial autorizando la interceptación de las conversaciones telefónicas.

Que la resolución judicial que adoptara la forma de auto, esté suficientemente motivada en atención a las circunstancias del caso concreto.



Que se señale el tiempo por el que se autoriza la intervención.

Que se designen los funcionarios de la policía judicial a los que se encomienda la práctica de las escuchas.

Que se señale un plazo en el cual se deba dar cuenta de la marcha de las investigaciones realizadas a través de la línea telefónica.

Que las cintas originales, empleadas para la transcripción, se entreguen en el juzgado.

Que por el fedatario público se realice la transcripción literal, para lo que deberá convocar a las partes personadas por si quieren asistir la transcripción y hacer las observaciones pertinentes.

Que las cintas originales se conserven a disposición de la Sala sentenciadora por si se requiere su audición en las sesiones del juicio oral.

Para la postura que se asume en este trabajo, resulta de crucial importancia la intervención judicial en la selección y discriminación de las conversaciones relevantes para la investigación, debiendo transcribirse el contenido de las conversaciones grabadas, de tal manera a evitar la vulneración de derechos fundamentales impidiendo el acceso a la causa, de cuestiones que no guardan relación con la misma. Sobre el punto se ha referido el Tribunal Constitucional español<sup>[500]</sup>, donde se resalta que "...la necesidad de control judicial que el art. 18 CE establece, no se colma con exigir que las eventuales prórrogas valoren los resultados hasta entonces alcanzados en el curso de la investigación, sino que, una vez finalizada la intervención y alzado el secreto de la medida, la intervención judicial es precisa para garantizar que sólo lo útil para la investigación del delito acceda a las actuaciones" y "Si hemos señalado que, por su contenido, sólo lo útil para la investigación del delito puede acceder a las actuaciones, ha de añadirse ahora que, para garantizar los principios de contradicción y defensa, todo lo útil para el debate ha de acceder al proceso, y la determinación de que es útil al

proceso ha de hacerse por el Juez, con participación de las partes”.

En similar sentido y enfatizando lo indelegable de tal función el Tribunal Supremo español<sup>[501]</sup> dispuso que “...es al Juez y no a la Policía, a quien compete determinar y seleccionar los pasajes que se entiendan útiles para la instrucción de la causa, excluyendo los que carezcan de relevancia para la investigación y, sobre todo aquellos que, por afectar a la intimidad de terceros ajenos al proceso y cuyas conversaciones no sean de interés para la causa, deben con mayor razón ser excluidos de la publicidad”.

No obstante, al tratarse de una tarea que requiere de personal especializado, la medida se comisiona a organismos capacitados al efecto, debiendo en su caso, especificarse a cuál de ellos se encomendará su cumplimiento y la forma cómo se efectuará su documentación. En el caso de Paraguay, lastimosamente, en algunos casos, la práctica indica que la tarea de análisis se delega directamente al personal policial o Agentes Especiales, quienes son los que en definitiva deciden aquello que resulta relevante para la investigación y lo que no, documentando sólo las comunicaciones que, según su apreciación, tendrían incidencia con el objeto procesal. Esto produce, sin dudas, una desconexión entre el órgano jurisdiccional y la medida dado que no puede aceptarse que también se delegue la selección de lo que se debe grabar, el hecho de que sean comisionados para llevar adelante una diligencia de investigación no los autoriza a realizar la labor jurisdiccional, usurpando en cierta forma esas funciones de vital importancia.

Es al Juez y no a la Policía o Agentes Especiales, a quién compete determinar y seleccionar los pasajes que se entiendan útiles para la causa, excluyendo los que carezcan de relevancia para la investigación y, sobre todo aquellos que, por afectar a la intimidad de terceros ajenos al proceso y cuyas conversaciones no sean de interés para la causa, deben con mayor razón ser excluidos.

Respecto a la exigencia o deber de selección por parte del Juez de los pasajes más relevantes para la causa, está claro que dicho requisito es indispensable y dotado de contenido constitucional, con el objetivo de separar lo útil de lo que pueda resultar superfluo para la investigación, fundamentando dicha decisión en el respeto al secreto de las comunicaciones del investigado y del derecho a la intimidad de terceras personas.

Los organismos de control jurisdiccional, tienen el deber de resguardar el principio de proporcionalidad de la medida de intervención telefónica, así como el de contradicción, igualdad y defensa en juicio, el control debe realizarse de modo que se permita a las partes su plena participación en dicha selección, y máxime si posteriormente se pretende utilizar el contenido de lo grabado como prueba en el juicio oral.

El control judicial resulta vital para garantizar que sólo lo útil para la investigación del delito ingrese al proceso, todo lo útil para el debate ha de acceder al proceso, y la determinación de qué es útil al proceso es tarea exclusiva e indelegable del Juez, con la participación de las partes a fin de que las mismas puedan conocer el alcance del contenido de todas las conversaciones, tanto las seleccionadas como las desechadas, conversaciones que deben ser incorporadas a las actuaciones como elemento de debate y eventualmente de prueba, solo de tal modo, se garantiza el derecho de defensa del acusado y el principio de contradicción que debe regir en todo proceso penal, de lo contrario, el acusado y su defensa, al desconocer el contenido de las conversaciones desechadas, se verían imposibilitados de ejercer de manera plena la defensa.

Resulta claro que cuando lo que accede al juicio oral como medio de prueba es la transcripción mecanográfica de las comunicaciones intervenidas, así como su traducción, si fuera precisa, la misma, para gozar de fiabilidad, ha de haber sido practicada, contrastada o

autenticada con intervención judicial, requisito subjetivo exigible cuando la documentación de una diligencia de investigación pretende utilizarse como prueba en el juicio oral.

El órgano jurisdiccional debe ordenar que las escuchas sean grabadas más allá de su transcripción y luego verificar si aquélla se corresponde con lo transcripto, dinámica que permite un adecuado control de parte una vez conocida la ejecución de la medida. A fin de preservar el derecho a la intimidad del imputado, sólo debe incorporarse como prueba de cargo y de descargo, aquellas conversaciones cuyo contenido se relacione con el objeto procesal, desechando todo lo demás.

En este sentido se ha pronunciado el Tribunal de Apelaciones de Asunción, resumidamente, el asunto tratado consistía en la intercepción de las comunicaciones telefónicas en una investigación por el delito de contrabando, entre otros, mediando la correspondiente autorización judicial se procede en ese sentido pero con un deficiente control jurisdiccional, por no decir nulo, en atención a que la interpretación de las conversaciones provenían de Agentes de la Secretaría Nacional Antidrogas, por sus siglas SENAD, pero sin el acompañamiento y dirección del Ministerio Público ni tampoco el control por parte del Juez, lo que acabó con la nulidad del proceso y la exclusión de la diligencia como prueba del mismo, sostuvo, entre otras cosas el citado Tribunal que: “Sobre los aspectos esenciales que hacen a la intervención de los sujetos procesales, debe señalarse que la SENAD es una Unidad dependiente del poder Ejecutivo que cuenta con las atribuciones que le otorgan su Carta Orgánica, Ley N° 6677/20. No obstante, es de señalar que ni siquiera está incluido entre los sujetos procesales con intervención en un proceso penal..., lo cual nos relevan de otros comentarios, pues la intervención de tal ente en el caso, no tiene el tamiz de haber cumplido con la orden judicial y la dirección Fiscal. La interpretación del contenido de las

desgrabaciones, no debió realizarse sin control e inaudita parte.”

Continúa diciendo: “Los informes de análisis e interpretaciones obrantes en la carpeta fiscal, no deben de ser incorporados al proceso porque ni siquiera cuentan con la dirección de algún Agente Fiscal, en su elaboración, la falta de firma así lo acredita. No está demás señalar que tampoco el Informe Final/ Análisis del caso, fue realizado con dirección y responsabilidad del Fiscal ni tampoco judicial, desoyéndose al artículo 200 CPP. Las autorizaciones judiciales, mediante autos interlocutorios, referían interceptaciones, registro, grabaciones y secuestro de correspondencia, así como grabaciones de comunicaciones, sea en formato electrónico o físico y las comunicaciones (llamadas entrantes y salientes), asignándose la dirección y responsabilidad al Fiscal, sin embargo, la intervención del mismo no aparece en dichos documentos. Pues ni siquiera se suscribió el informe preliminar ni final. Es así que algunas evidencias han permeado las reglas de su “recolección, cadena de custodia y sujetos procesales que deberían intervenir en su resguardo”, ya que aun cuando se mencionara en las resoluciones habilitantes de los jueces, la intervención de un Agente Fiscal, en la “elaboración del documento análisis e interpretación”, no aparece dicho Agente, sino simplemente agentes identificados de la SENAD” [\[502\]](#).

Bien, hasta aquí lo que se ha pretendido es dar un panorama general de las cuestiones que hacen a la intervención de las comunicaciones telefónicas, con especial énfasis en la que tiene que ver con la ejecución y resultado de la diligencia, sobre el punto merece la pena recalcar que, a la vista de los derechos fundamentales en juego se recomienda ser lo más celoso posible al momento de realizar el control jurisdiccional.

## **VI. Resumen**

Las comunicaciones son siempre secretas, pero no siempre su contenido afectara a la intimidad, dignidad, privacidad, honor o reputación o cualquier otro ámbito de la vida privada del particular. La protección se proyecta tanto sobre el proceso de comunicación como sobre el contenido de la misma, aunque éste no quede en la esfera de lo íntimo, así como incluso sobre la identidad subjetiva de los interlocutores, tal afirmación no es baladí, ya que lo mismo puede llevar a discriminar aquello que puede ser objeto de prueba en un proceso penal y aquello que debe ser desechado, no tanto, por el hecho de que no guarden relación con lo investigado, sino porque el contenido podría afectar de manera importante las esferas privadas de una persona o su familia, lo cual en algunos casos, debería ser excluido de la investigación conforme al principio de proporcionalidad y a su vez pone énfasis en el necesario e ineludible control jurisdiccional que no siempre está presente como se pudo ver.

La proporcionalidad como principio rector y sus derivaciones, idoneidad, especialidad, etc. La autorización de una medida de intervención telefónica, atendida su naturaleza, debe concederse de forma restrictiva y el auto judicial que la autorice debe ser motivado, proporcional y específico.

El control jurisdiccional resulta relevante al momento de evaluar los presupuestos que fundamente la medida y sobre todo al momento de su ejecución y resultado. Desde luego no resulta recomendable que se realicen interpretaciones o análisis por parte de los intervinientes, más allá de lo necesario para avanzar en la investigación.

La selección del material probatorio es labor exclusiva e indelegable del órgano judicial.

El Juez debe contar con el total de lo interceptado o intervenido y poner a disposición de las partes, lo cual

garantiza el ejercicio pleno de la defensa y el principio de contradicción.

# BLANQUEO Y OBRAS DE ARTE

Cristina Guisasola Lerma\*

*A Tomás Salvador Vives Antón  
In memoriam*

## **I. Vulnerabilidades y riesgos penales del mercado del arte y antigüedades. Especial atención al criptoarte.**

Conforme al Informe de Art Basel & UBS 2022<sup>[503]</sup>, elaborado por la economista especializada en arte Clare McAndrew, en los últimos años, el mercado del arte se ha convertido en foco de atención por el aumento del volumen de transacciones que allí se realizan y por el elevado valor que alcanzan. Como recuerda SUÁREZ-MANSILLA<sup>[504]</sup>, se trata de un mercado regulado y competitivo donde los bienes culturales no son res *extra commercium*, lo que implica que su comercialización, en términos generales y salvo excepciones, no está prohibida, a diferencia de lo que sucede con otros objetos habituales de tráfico ilícito (drogas, tráfico de personas, órganos, armas, etc...).

Un apartado especial del Informe se dedica al arte digital y al criptoarte, el cual está revolucionando el mercado del arte y la forma de coleccionar. Desde principio de 2021 nos encontramos el boom de los Non *Fungible*



*Tokens* (NFT). Los NFT definen una obra digital - no física como un cuadro o una escultura - son como un “certificado digital de autenticidad” vinculado a una obra digital (gifts animados, videos). Se elabora a partir de unos códigos que no son estrictamente artísticos, más bien tecnológicos, que garantizan su autenticidad, para asegurarse de que estas piezas no se reproducen una y mil veces. Al ser no fungibles, significa que son “únicos y exclusivos” no se pueden intercambiar. Si la obra va pasando de unas manos a otras, con el NFT sabremos siempre quién fue su creador y podemos verificar su autenticidad. Con ellos surge la posibilidad de crear y vender otro tipo de obras de arte, el arte criptográfico o NFT art, el cual se comienza a vender en las subastas internacionales. Al adquirir un NFT compramos la propiedad (no la intelectual) vinculada a conceptos de exclusividad. ¿Cómo me compro un NFT? Lo más habitual es hacerlo a través de un *Smart contract* (contratos sin intermediarios, con el artista) en plataformas digitales que se dedican en exclusiva a este nuevo tipo de arte y solo aceptan criptomonedas, de ahí que se llame popularmente criptoarte.

Estos Token virtuales se basan en la tecnología del *blockchain*, guardándose protegidos en este sistema, una base de datos privada que comparten varios usuarios durante la compraventa de la obra en cuestión. Estas personas guardan una copia y llegan a un consenso de que la pieza es única. Se registra y una vez adquirida la obra se entrega una prueba de propiedad. El Informe de Art Basel destaca que, desde 2018 el blockchain se posicionó en el sector del arte como posible solución para algunos de los problemas de este mercado, tales como, la certeza de la procedencia de una obra, su autenticidad (evitando las falsificaciones y los plagios), la transparencia del mercado, o la valoración de una pieza. Con blockchain es imposible destruir o falsificar la información detallada de las obras de arte, su procedencia y su historia (trazabilidad)<sup>[505]</sup>. Esto en sí mismo proporciona la base para lograr mayor seguridad

y transparencia en las transacciones<sup>[506]</sup> . De suerte que, mientras el mercado del arte sufría una caída del 37 % en 2020, gracias a los NFT y la irrupción de nuevos coleccionistas, las grandes casas de subastas lograron su mayor volumen de ventas.

No obstante, en España todavía se ve y valora con cierta desconfianza estas nuevas tecnologías, principalmente por la falta de regulación normativa tanto a nivel nacional como europea. El Informe señala que, hoy en día, los artistas, galeristas y coleccionistas españoles, en su gran mayoría siguen escogiendo el modelo tradicional de creación y comercialización. En todo caso, considero que la aplicación de los NFT al mundo del arte plantea oportunidad y retos jurídicos nuevos, que deberán resolverse a medida que esta tecnología se implante y consolide<sup>[507]</sup>.

Pues bien, en este contexto podemos afirmar que el mercado del arte es un negocio lícito en casi todo el mundo, siendo los principales canales de distribución que actualmente operan las galerías, las ferias y las casas de subastas - si bien en algunos casos pueden intervenir dolosa o imprudentemente en la comisión de delitos propios o ajenos.

Como bien precisa MUNNELLY en un estudio sobre las posibles implicaciones del mercado del arte con la seguridad internacional, define éste como “*a grey economic arena that can utilize illicit methods and legitimate actors to produce illicit money*”<sup>[508]</sup> . Como también advierten SABRINE y RUFÍAN en ocasiones resulta difícil diferenciar el tráfico ilegal puesto que, no solo se ha de probar que la fuente donde se adquieren los productos es ilegal sino que el mercado donde se venden en muchos casos es legal, a diferencia de otros mercados citados anteriormente donde tanto la fuente como el destino son ilegales<sup>[509]</sup>, desdibujándose en ocasiones las líneas divisorias entre los mercados lícitos y los ilícitos.

En la actualidad el tráfico ilícito y el blanqueo de bienes culturales son dos preocupaciones prioritarias de la

comunidad internacional, delitos extendidos al ritmo que lo están haciendo los mercados.

En el curso de las investigaciones internacionales sobre tráfico de antigüedades, han tenido un importante rol las casas de subastas.

El pasado año se ha dictado una resolución sin precedentes en la vía penal, que podría tener consecuencias en otros países: el titular del Juzgado Penal Económico n.8 de Buenos Aires dictó el 15 de octubre de 2021 auto de procesamiento de la casa de subastas Christie's por un presunto delito de contrabando de tres obras de arte. Pese a que el auto se dictó contra la representante de la empresa en Argentina y Uruguay y contra la persona jurídica Christie's Argentina, señala también a la casa matriz con sede en Nueva York, pues allí se remataron las obras de arte. Según la investigación judicial fue la filial argentina de Christie's la que corrió con los gastos del traslado de las tres obras de arte, propiedad de un empresario argentino, valoradas en 1'3 millones de dólares, sobre las que pesaba un embargo y que salieron del país sin las correspondientes licencias de exportación<sup>[510]</sup>.

Siguiendo en el contexto internacional, y tras un operativo policial, acaba de ser descubierto un bien cultural del siglo XVIII sustraído de Perú que estaba a la venta por 3000 euros en una plataforma de internet de comercialización de obras de arte. El caso nació a raíz de una alerta del Ministerio de Cultura de Argentina debido a la sustracción de bienes pertenecientes al Patrimonio Cultural de la República de Perú. El Juzgado Nacional en lo Penal Económico n.8 ordenó a la División Lavado de Activos y Delitos Aduaneros de la policía de Buenos Aires una serie de tareas investigadoras para dar con el libro. El libro fue hallado en poder de un anticuario en Buenos Aires, descubriéndose otros documentos históricos de Argentina, Perú, México, Italia y Francia y hasta ediciones incunables, que pertenecerían al legado cultural de estos países<sup>[511]</sup>.

Elevada la denuncia al juzgado de instrucción, se ha identificado al librero por la presunta comisión del delito de encubrimiento de contrabando.

La realidad criminológica nos muestra que existen cadenas de intermediarios que actúan de nexo entre los falsificadores y los grandes marchantes de bienes culturales que abastecen a los coleccionistas, incluso a los museos, que suelen operar a través de bandas organizadas a nivel internacional. Recientemente, en el marco de una compleja investigación sobre una red de tráfico internacional, el presente año el ex presidente del Museo del Louvre ha sido imputado por blanqueo y complicidad de estafa en un caso de tráfico de antigüedades<sup>[512]</sup>. En concreto se investiga la producción de documentos falsos para inventar los orígenes de objetos saqueados en distintos países de Oriente Medio durante las revueltas de la Primavera Árabe. Según la información publicada al ex director le reprochan no haber mostrado una especial vigilancia ante las incoherencias de los certificados de los objetos adquiridos por Abu Dabi. En el marco de esta investigación la Fiscalía de Manhattan ha confiscado cinco valiosos objetos egipcios del Met Museum, el Museo Metropolitano de Arte de la ciudad de Nueva York, en cumplimiento de una orden emitida por un juez del Tribunal Supremo el 19 de mayo.

En España, podemos citar casos recientes: así, en el marco de una operación contra el blanqueo de capitales, el denominado clan Osmani se valía de una trama empresarial de al menos 10 empresas repartidas entre España, Alemania y Croacia, como tapadera para acumular inmuebles, coches de lujo y hasta 151 obras de arte en su propia casa, “una vía discreta e idónea para colocar el efectivo procedente del narcotráfico” según aseguró el Inspector de Hacienda, Fernando Manada, experto en tramas financieras<sup>[513]</sup>.

En el conocido como caso Púnica, uno de los principales casos de corrupción que afecta al Partido Popular

madrileño, se están repatriando las valiosas obras de arte – valoradas por la Guardia Civil en unos 15 millones de euros, originales de Eduardo Chillida, Miquel Barceló, Antoni Tàpies, Manolo Valdés, el Equipo Crónica, Juan Usle y Torres García, entre otros - que el constructor cabecilla confeso de la trama, ocultaba en Ginebra<sup>[514]</sup>. El constructor compareció por videoconferencia ante la justicia suiza para confirmar que las obras son de su propiedad y que esta sociedad había sido creada por él para realizar, precisamente, una falsa operación de compraventa de arte con estos bienes y así blanquear 4,2 millones de euros que tenía ocultos en Suiza para poder repatriarlos a España en 2013. La fase final del proceso se inició en Ginebra, hasta donde se desplazaron representantes de España, entre ellos un letrado del Juzgado Central de Instrucción 6, donde se instruye el caso Púnica, para estar presente en el acto de entrega y, así, “dar fe de los objetos y de las obras entregadas”. También participaron responsables de aduanas helvéticas y un representante de la empresa Natural Le Coultre S. A., propietaria del almacén donde las obras han permanecido depositadas desde 2013. Las instalaciones de esta compañía en Ginebra son el refugio de cientos de miles de bienes artísticos de inversores privados, por lo que son consideradas en el mundo del arte como un museo oculto.

Estos y otros casos que han ido destapándose en los últimos años demuestran que el arte es un sector atractivo para el blanqueo de capitales.

Como consecuencia del alto valor económico que alcanzan las piezas, la sustracción y el tráfico ilícito de bienes culturales se ha convertido en la actualidad en una verdadera especialidad del crimen organizado transnacional<sup>[515]</sup>. En particular, la globalización del fenómeno de los intermediarios en el tráfico ilícito de los bienes culturales implica una clara relación de estas conductas con redes de crimen organizado y la delincuencia transnacional, diversificándose el abanico de

las actividades delictivas. Desde el ámbito de la criminología, BALCELLS<sup>[516]</sup> aporta diversas razones para considerar el tráfico de antigüedades como ejemplo de delincuencia transnacional: entre ellas, el hecho de que tanto el mercado lícito como el ilícito de antigüedades se nutre de Estados ricos en este patrimonio, así como de Estados que actúan como importadores de estos bienes; también la diversidad de marcos jurídicos que permite la importación de dichos bienes, así como la llegada del e-commerce como mecanismo para la colocación de bienes arqueológicos expoliados en el mercado.

La delincuencia organizada encuentra en los bienes culturales un objetivo muy atractivo para sus actividades delictivas, dados los cuantiosos beneficios que puede reportar a estas organizaciones criminales, con relativa alta impunidad. Como ha afirmado el Secretario General de INTERPOL<sup>[517]</sup> con ocasión de la participación en operaciones internacionales contra las redes internacionales dedicadas al tráfico de obras de arte y antigüedades, el número de detenciones y de incautaciones practicadas refleja la dimensión y el alcance global del comercio ilícito de bienes culturales, que puede afectar a cualquier país que tenga un rico patrimonio cultural: “Si sumamos a ello las cantidades ingentes de dinero que se mueven y el secretismo que rodea a estas transacciones, se forma un caldo de cultivo ideal para el blanqueo de capitales y las estafas, así como para la financiación de redes de delincuencia organizada”. En suma, existe un lucrativo mercado negro de bienes culturales fuertemente vinculado a la delincuencia organizada.

En todo caso, el tráfico ilícito de bienes culturales suele ir vinculado con otras formas delictivas de carácter complementario, antecedentes y posteriores, para canalizar en el sistema económico financiero lícito las ganancias originadas en otra actividad ilícita.

Desde una óptica criminológica, podemos afirmar que el tránsito del mercado regulado de arte al tráfico ilícito de

bienes culturales recorre diferentes fases, en particular en el caso de las antigüedades: se inicia con el expolio de las piezas, participan a continuación intermediarios tanto para los primeros traslados como para depurar el origen ilícito de las piezas y finaliza con los compradores. Precisamente los problemas en la práctica derivan de las dificultades probatorias del origen ilícito de las piezas, a lo que se suma la necesidad de incorporar informes periciales relativos a la valoración de los bienes arqueológicos.

En la práctica, la enajenación de dichos objetos falsificados, sustraídos o exportados ilícitamente está incrementándose a través de portales de Internet, redes sociales o plataformas como Wallapop, siendo frecuente que las piezas robadas recalen en el pequeño comercio mientras que las piezas falsificadas puedan acabar en casas y catálogos de subastas. A su vez, la cadena de ventas y reventas que se producen en el iter del tráfico ilícito de bienes culturales genera un proceso de “blanqueo” de la ilicitud del negocio originario, con el objeto de diluir la procedencia ilícita, que además dificulta la determinación de la responsabilidad jurídica de los distintos intervinientes en dicho proceso.

## **II. Las directivas europeas en materia de prevención del blanqueo y el sector del comercio del arte como sujeto obligado**

Con vistas en la prevención del delito de blanqueo e incrementar la cooperación policial y judicial, la UE ha marcado el camino a seguir por el legislador nacional<sup>[518]</sup>. De las seis Directivas sobre la materia, las cinco primeras han estado circunscritas al ámbito administrativo.

La Primera Directiva (Directiva 91/308/CEE relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales estaba dirigida a ser aplicada

exclusivamente en entidades financieras y bancos, la cual se transpuso a la legislación española mediante la Ley 19/1993 de 28 de diciembre sobre determinadas medidas de prevención del blanqueo de capitales.

No obstante, la Directiva dejaba la posibilidad a los Estados miembros de ampliar el catálogo de situaciones sujetas, de modo que, haciendo uso de esta facultad, el legislador español incluyó varias actividades, entre ellas, «las actividades relacionadas con el comercio de objetos de arte y antigüedades», aunque en un régimen más laxo que el de las entidades financieras y otros sujetos obligados. Así quedó recogido en el artículo 2.2.f) del Reglamento de la Ley 19/1993. Por lo tanto, desde ese año los comerciantes de arte y antigüedades en España, pero no necesariamente los de otros países de la entonces Comunidad Económica Europea, estaban sujetos a la regulación para prevenir el blanqueo de capitales en las transacciones en las que operaban.

La primera referencia explícita del sector del arte en la normativa de prevención la encontramos en la Segunda Directiva promulgada por el legislador comunitario en 2001<sup>[519]</sup>. En la misma se encuadraban como sujetos obligados a las «personas que comercian con artículos de valor elevado, como piedras y metales preciosos, u objetos de arte, subastadores, siempre que el pago se realice en efectivo y su cuantía sea igual o superior a 15000 euros». La Directiva se transpuso a través de la Ley 19/2003, de 4 de julio, sobre régimen jurídico de los movimientos de capitales y de las transacciones económicas con el exterior y sobre determinadas medidas de prevención del blanqueo de capitales. La reforma legislativa dio lugar a la modificación de su Reglamento, mediante el Real Decreto 54/2005, de 21 de enero, y mantuvo bajo su regulación «las actividades de carácter empresarial en el comercio de arte y antigüedades» sin cambiar su régimen especial.

Posteriormente, la Tercera Directiva de 2005 en materia de prevención del blanqueo de capitales<sup>[520]</sup>, optó por obviar



la mención expresa al sector del arte como sujeto obligado, decantándose por una mención estándar a toda aquella persona física o jurídica que comercie con bienes «en la medida en que los pagos se efectúen al contado y por importe igual o superior a 15.000 euros». No obstante, el preámbulo de la Directiva ya señalaba que el sector del arte debía sentirse incluido en dicho apartado.

La transposición de esta Directiva se llevó a cabo, por la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo. Respecto a los sujetos obligados, la nueva redacción del articulado cambió el criterio de «actividades sujetas» por el de «sujetos obligados» (artículo 2. r): «Las personas que comercien profesionalmente con objetos de arte o antigüedades».

El Reglamento de la Ley 10/2010 desarrolló con mayor detalle algunos de los aspectos de la Ley: (i) las medidas de diligencia debida que deben tomar los sujetos obligados frente a sus clientes; (ii) las medidas de diligencia reforzada a tomar en situaciones consideradas de mayor riesgo; (iii) los protocolos y medidas de control interno como son la tenencia de un manual de prevención de riesgos o un plan anual de formación y, (iv) la obligación de contratar a un experto externo para la elaboración de un informe que evalúe las medidas adoptadas. Con respecto al comercio de arte y antigüedades el Reglamento estableció unas obligaciones menos estrictas para estos sujetos obligados cuando operen en comercio minorista, -haciendo expresa referencia a los comerciantes de arte y antigüedades y a los comerciantes de joyas, piedras y metales preciosos (art. 18), siempre y cuando facturen menos de dos millones de euros y tengan menos de diez empleados. Esto significa que una parte del sector quedaba exento del cumplimiento de una serie de obligaciones formales. Sin embargo, todos ellos seguían estando obligados a cumplir con los aspectos básicos de la Ley: identificar al cliente, comunicar las operaciones con indicios de sospechosa al SEPBLAC, conservar la

documentación de las transacciones y formar a sus empleados y directivos sobre cómo identificar y actuar frente a situaciones sospechosas.

En la Cuarta Directiva (2015/849), traspuesta en España a través del RDL 11/2018, sin muchas novedades para el sector del comercio del arte, se introdujo una modificación, reduciendo el importe de efectivo a 10.000 EUR, incorporando normas relativas a los canales de denuncia.

La Quinta Directiva o Directiva (UE) 2018/843, de 30 de mayo de 2018 incluyó como sujetos obligados a su cumplimiento:

- a) a los comerciantes e intermediarios en el comercio de obras de arte, también cuando lo lleven a cabo galerías de arte y casa de subastas, cuando las transacciones sean de valor igual o superior a 10 000 euros.
- b) a las personas que almacenen obras de arte, comercien con obras de arte o actúen como intermediarios en el comercio de obras de arte cuando lo lleven a cabo puertos francos, cuando el importe de la transacción o de una serie de transacciones sea igual o superior a 10.000 euros.” (art.1) (la cursiva es mía).

Como analiza con detenimiento FERNÁNDEZ LORENZO<sup>[521]</sup> es fruto de la constatación, a través de investigaciones policiales y sentencias recientes, de que la compraventa de obras de arte se ha convertido en refugio de personas y organizaciones que buscan hacer pasar por lícito el dinero obtenido de actos criminales o que lo utilizan para financiar actividades terroristas. No menos importante es la referencia del artículo a los puertos francos<sup>[522]</sup> y a quienes operen en transacciones de arte en sus espacios. El estudio *Money laundering and tax evasion risks in free ports*<sup>[523]</sup> pone el foco sobre las obras de arte que, instaladas en un puerto franco, pueden ser vendidas

por una compañía offshore a otra compañía y pueden ser pagadas en dinero en efectivo sin tener que indicar la identidad del beneficiario último de la obra de arte. Esta opacidad añade un elemento más a la tradicional confidencialidad del mercado del arte que lo convierte en especialmente vulnerable al blanqueo. Otro aspecto novedoso de la quinta directiva es que define las monedas virtuales (punto 18, del art.3).

La transposición de la Quinta Directiva por RDL 77/2021, de 27 de abril obvia el umbral de los 10.000 euros por transacción, establecido en la D5, dejando la redacción del art. 2.r de la Ley 2010 como sigue:

*“Las personas que comercien profesionalmente con objetos de arte o antigüedades o actúen como intermediarios en el comercio de objetos de arte y las personas que almacenen o comercien con obras de arte o actúen como intermediarios en el comercio de obras de arte cuando lo lleven a cabo en puertos francos”.*

Las operaciones de compraventa de arte y antigüedades que queden por debajo de la cifra de 10.000 euros, también quedan sujetas a las medidas de control de la Ley 10/2010, lo que provoca, como advierte de manera acertada FERNÁNDEZ LORENZO, como efecto negativo no homogeneizar el sistema regulatorio español con el que se ha implantado en otros países como Francia o Reino Unido. Homogeneizar sistemas sirve para aportar seguridad a los clientes en las transacciones, especialmente cuando se realizan en ferias internacionales.

“España, en ese sentido, se sale del guion europeo” [\[524\]](#).

La Directiva Sexta o Directiva (UE) 2018/1673 del Consejo del Parlamento, de 23 de octubre de 2018 sobre la lucha contra el blanqueo de capitales a través del derecho penal, abre un interesante proceso de unificación europeo en la tipificación penal del delito de blanqueo, con el objeto

de someter a sus autores, independientemente del Estado de la Unión Europea en que se encuentren, a “sanciones penales efectivas, proporcionadas y disuasorias”<sup>[525]</sup>.

La transposición en España se ha hecho a través de la LO 6/2021, de 28 de abril, que modifica ligeramente el Código Penal pues, como indica su Preámbulo, el delito de blanqueo de capitales ya se encuentra regulado y comprende aquellas actuaciones que tienen como finalidad la incorporación al tráfico económico legal de bienes que proceden de conductas constitutivas de delito, de suerte que los principales elementos de la norma europea ya vienen recogidos en nuestra norma penal. En lo que afecta a los comerciantes e intermediarios de arte y antigüedades, los cambios son escasos y se restringe a la aplicación de una serie de agravantes cuando los sujetos obligados cometan cualquier de las conductas descritas “en el ejercicio de su actividad profesional” (art. 302.1 CP), agravantes en las que me detendré en el siguiente epígrafe.

Por último, la Directiva (UE) 2019/1153 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, establece normas destinadas a facilitar el uso de información financiera para la prevención, detección, investigación o enjuiciamiento de infracciones penales. A tenor de la misma, y con el objeto de mejorar el enjuiciamiento de los delitos financieros y la lucha contra el blanqueo de capitales, e incorporarla al Derecho español se ha publicado la LO 9/2022, de 28 de julio (BOE 29 julio), en vigor desde el 28 de agosto, complementando el régimen de acceso a la información financiera y del intercambio de información en la lucha contra el blanqueo y la financiación del terrorismo.

### **III. El blanqueo de capitales en el Código Penal Español (art. 301 y ss CP). Propuesta de una**

## **agravación específica vinculada a la adquisición de bienes culturales**

El legislador español tipifica la receptación y el blanqueo de capitales en el Capítulo XIV del Título XIII (Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico). Ambos delitos han sufrido importantes cambios en los últimos años y una continuada expansión hasta llegar a su configuración actual.

Entre las numerosas reformas penales introducidas por la LO 1/2015 cabe destacar la punición de la receptación de bienes culturales: la conducta típica es recibir, adquirir u ocultar los efectos del delito o ayudar a los responsables a aprovecharse de ellos, con ánimo de lucro y “conociendo la comisión de un delito patrimonial”, sancionándose conforme al nuevo subtipo agravado (art. 298.1.a CP) con prisión de 1 a 3 años “cuando el objeto material sean “cosas de valor artístico, histórico, cultural o científico”. Se ha criticado con razón por la doctrina que se vincule únicamente a un previo delito patrimonial, no cubriendo aquellos otros casos en que los bienes proceden, por ejemplo, de un delito de contrabando<sup>[526]</sup>. El apartado 2º permite la imposición de la pena en su mitad superior, a quien lleve a cabo las conductas típicas, “para traficar”, con el fin de castigar más duramente la comercialización ilícita. En el mismo apartado se recoge un tipo hiperagravado cuando se realizare el tráfico utilizando un establecimiento o local comercial, en aras a incriminar con más dureza la profesionalidad delictiva.

Junto con el delito de receptación (art. 298 CP) con el que guarda semejanzas<sup>[527]</sup> aparece regulado el blanqueo de capitales (arts. 301 a 304); la reforma operada por LO 5/2010, de 28 de abril supuso una modificación sustancial de dicho delito, introduciéndose en nuestro ordenamiento jurídico *con nomen iuris* propio.

El art. 301 del Código Penal sanciona como responsable del delito de blanqueo a quien “adquiera, posea, utilice, convierta, o transmita bienes, sabiendo que éstos tienen su *origen en una actividad delictiva, cometida por él o por cualquier tercera persona, 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*”.

Como ha expuesto de manifiesto la práctica totalidad de los autores que han abordado este delito, las continuas modificaciones del mismo, lo han configurado como un *supradelito*<sup>[528]</sup> de naturaleza económica o una suerte de cajón de sastre que todo lo admite, siendo diversas las modalidades de conductas recogidas en el art. 301 CP:

- adquirir, convertir o transmitir bienes, incluyendo poseerlos y utilizarlos, “sabiendo” que provienen de la realización de un delito, cometido por él o por cualquier otra persona (art.301.1 CP)
- realizar cualquier otro acto “para ocultar o encubrir su origen ilícito” (que entra en concurso con el delito de encubrimiento del artículo 451.2) o para ayudar a quien ha participado en la infracción o delito base a eludir las consecuencias de sus actos (que también entra en concurso con el delito de encubrimiento personal del artículo 451.3)
- y ocultar o encubrir la verdadera naturaleza, origen, ubicación, destino, movimiento o derechos sobre los bienes o propiedad de los mismos a sabiendas de su procedencia ilícita (art. 301.2, encubrimiento específico, también denominada blanqueo sucesivo, al encubrirse, no los bienes sino su naturaleza o propiedad), esto es, esto es, ocultar o encubrir el origen ilícito de un bien.

Pues bien, en el ámbito que nos ocupa, el escenario más básico para blanquear dinero en el mercado del arte es adquirir obras de arte pagando con dinero en metálico procedente de actividades ilícitas de forma que el dinero queda colocado en la economía legal. El mayor problema que encuentra este tipo de comportamientos es que en los últimos años se han ido imponiendo límites al desembolso de dinero en efectivo<sup>[529]</sup>. Puede ocurrir también que el delito fuente de una operación de blanqueo de capitales sea asimismo un delito relacionado con el arte: una falsificación, un hurto o el robo de una obra de arte o antigüedad para ser revendido en otro mercado.

El llamado *caso Malaya*, una de las más complejas tramas de corrupción política destapada en los últimos años en nuestro país, puso de manifiesto que el mercado artístico es un canal para lavar dinero ilícito e introducirlo en el mercado legal. Según concluyó la Audiencia Provincial (AP) de Málaga en sentencia de 4 de octubre de 2013, el Sr. Roca utilizando el llamado sistema de colada, destinó parte de los fondos obtenidos ilícitamente a la adquisición de cuadros y obras de arte con la ayuda y colaboración de comerciantes de arte. No se admitieron por tanto las alegaciones que plantearon los marchantes en su defensa alegando que no conocían que estuvieran obligados a comunicar al SEPBLAC las operaciones que puedan ser sospechosas de blanqueo; *“para la Sala los procesados no lo hicieron voluntariamente para no perder un cliente tan lucrativo”, “y ello a sabiendas de sus problemas con la justicia por delitos relacionados con el urbanismo”*. La Audiencia Provincial fue tajante al responsabilizar del delito de blanqueo de capitales a los marchantes de arte, así como la posterior resolución del Tribunal Supremo en sentencia de 27 de julio de 2015<sup>[530]</sup>.

Como ya dijimos, desde 1993 los comerciantes de arte y antigüedades en España están sujetos a la regulación para prevenir el blanqueo de capitales en las transacciones en las que operaban. Esta es la razón por la que los

coleccionistas privados confían en los marchantes de arte reputados que debería garantizar la ausencia de irregularidades. No obstante, como bien dice SUÁREZ-MANSILLA<sup>[531]</sup> a pesar de la consolidación de la “diligencia debida” como un factor esencial en la compra de bienes culturales, la realidad muestra que es todavía una noción difícil de implementar.

El art.301.3 del CP español incrimina también la imprudencia grave, atendiendo a lo sugerido en la normativa internacional<sup>[532]</sup>, imprudencia que ha de recaer sobre el conocimiento del origen ilícito de los bienes. A partir de aquí la doctrina se encuentra dividida entre quienes consideran que se configura como un delito especial, al entender que va dirigido a todas aquellas personas que por los conocimientos especiales que poseen en su profesión, se hallan en una especial posición deber. Frente a ella, es opinión mayoritaria considerar que estamos ante un delito común<sup>[533]</sup>, y por tanto se debe extender a todos aquellos que no guarden la debida diligencia al comprobar el origen de los bienes recibidos, dado que el precepto no recoge la punición de la imprudencia profesional. Lo cierto es que, a favor de esta interpretación, el legislador no castiga la imprudencia profesional, como en otros delitos, ni realiza ningún tipo de referencia explícita al respecto del sujeto activo. En esta dirección, no solo los obligados por la ley de prevención del blanqueo de capitales tienen asignados los deberes de cuidado (prácticamente todos los profesionales)<sup>[534]</sup>, sino que cualquier persona por descuido puede blanquear imprudente. Sin embargo, no han faltado voces críticas puesto que lo cierto es que supone un escollo dogmático armonizar una descripción típica que contiene un elemento subjetivo con la modalidad imprudente, además de resultar escasamente respetuoso con el principio de intervención mínima<sup>[535]</sup>. Por lo expuesto, en esta dirección se ha propugnado desde la desaparición del precepto o cuanto



menos que se acote su aplicación a los sujetos destinatarios de la Ley 10/2010, de prevención del blanqueo.

Por su parte, el 2º párrafo del art.302, recoge la previsión de responsabilidad de las personas jurídicas del art.31 bis CP<sup>[536]</sup>, contemplando las penas a imponer a éstas: multa de 2 a 5 años si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión de más de 5 años, y multa de 6 meses a 2 años en el resto de los casos. Como bien advierte LASCURAIN<sup>[537]</sup>, en rigor, a la persona jurídica no se le pena por blanquear, sino por permitir el blanqueo de los suyos (administradores, directivos o empleados) en favor de la persona jurídica (art. 31 bis CP). No obstante, GONZÁLEZ CUSSAC admite que la literalidad del artículo 302.2 en principio incluye todas las conductas contenidas en el artículo 301, aunque advierte que la estructura del delito imprudente plantea problemas con la locución “en beneficio directo o indirecto” y que debería distinguirse entre las personas físicas idóneas para transferir responsabilidad criminal a la sociedad a tenor el apartado primero del artículo 31 bis, es decir, las personas con poder y representación de máxima autoridad, a las que se refiere la letra a), que pueden contaminar a la empresa con la comisión de un delito de blanqueo por imprudencia grave, y los sometidos a su autoridad, mencionados en la letra b), que han podido blanquear negligentemente al haberse incumplido de forma grave los deberes de supervisión, vigilancia y control de sus superiores, casos en los que la sanción de la persona jurídica “se construye desde una doble estructura imprudente: la comisión imprudente del delito de blanqueo por el subordinado y la transferencia a la sociedad por culpa in vigilando de los superiores corporativos”<sup>[538]</sup>.

Finalmente, las sanciones pueden agravarse conforme a las siguientes causas:

- Cuando el origen delictivo de los bienes sea el tráfico de drogas, conforme al art. 301. 1. 2º párrafo

la pena se agravará en su mitad superior. La transposición de la AMLD6 a través de la LO 6/2021, de 28 de abril, en vigor desde el 30 de abril, amplía dicho tipo agravado cuando los bienes objeto de blanqueo proceden de los delitos de trata de seres humanos, delitos contra los ciudadanos extranjeros, prostitución, explotación sexual y corrupción de menores, así como aquellos delitos vinculados a la corrupción en los negocios y alguno de los delitos del Capítulo I del Título XVI (esto es, corrupción urbanística).

- Por razón del sujeto activo: como ya avancé, con el fin de completar la incorporación del contenido de la citada Sexta Directiva, el CP español ha incorporado en el art. 302.1, a través de la LO 6/2021, una agravante específica (imposición mitad superior) cuando siendo "sujeto obligado" conforme a la normativa de prevención de capitales, cometa las conductas descritas en el art.301 "en el ejercicio de su actividad profesional", la cual plantea dificultades interpretativas de cara a su aplicación<sup>[539]</sup>. La Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales se ha visto modificado recientemente por el Real Decreto-ley 7/2021, de 27 de abril, y añade como nuevos sujetos obligados, por los riesgos derivados de su anonimato, a los proveedores de servicios de monedas virtuales (art.2 z).

Por otra parte, la relación entre el blanqueo de capitales con la delincuencia organizada se pone de manifiesto en el subtipo agravado previsto en el art. 302.1. La pena se agrava en su mitad superior cuando el autor pertenece a una organización dedicada al blanqueo, elevándose la pena un grado si se trata de los jefes, administradores o encargados de dicha organización (art.302.1).

Lo cierto es que, la cooperación entre organizaciones y el uso de criptomonedas (como tecnología descentralizada, anónima y fácilmente accesible desde cualquier parte del mundo) hace más difícil su persecución y por ello es necesario abogar por la cooperación judicial y policial, y por supuesto, por la coordinación y armonización de las legislaciones penales y procesales, para lograr una respuesta eficiente ante este fenómeno criminal; de poco sirve una legislación dura si no hay cooperación internacional. Por los riesgos expuestos, la UE ha decidido poner orden y el Parlamento Europeo y el Consejo de la UE cerraron el pasado mes de julio de 2022 un acuerdo para acabar con el anonimato de las transacciones con divisas digitales, para evitar el uso de estos instrumentos en actividades ilícitas, preparando a su vez un Reglamento para los criptoactivos. Dicho acuerdo requiere una ratificación formal para su entrada en vigor<sup>[540]</sup>.

Ahora bien, a la vista de la realidad criminológica expuesta, sorprende que en esa tendencia expansiva del legislador penal no haya contemplado sin embargo ninguna agravante especial por el hecho de que el blanqueo se cometa a través de la compraventa de objetos artísticos o bienes culturales, como sí se prevé en el caso del delito de receptación (art 298.1.a). De acuerdo con lo expuesto, el arte es un sector atractivo para la práctica del blanqueo de capitales, y por razones de política criminal, sería aconsejable incluir una nueva forma agravada, con un decomiso inmediato, cuando se produzca la adquisición de bienes integrantes de nuestro patrimonio cultural, mediante efectos procedentes de una actividad delictiva, al utilizarlos para que lo ganado se integre en el sistema económico<sup>[541]</sup>.

## **IV. Criminal compliance en el sector del mercado del arte**

Como comenté al inicio, la realidad criminológica evidencia que si bien el arte ha consolidado su posición como valor de inversión a nivel mundial y la generalidad de los intervinientes en el mercado cumplen con la normativa que les afecta, existen piezas que no tienen un origen lícito demostrable y que en algunos casos los agentes intervinientes pueden cometer, dolosa o imprudentemente, delitos propios o ajenos.

La praxis profesional observada habitualmente en este sector plantea serios problemas en la lucha contra el expolio y el tráfico de antigüedades. Lo cierto es que en la práctica la mayoría de los marchantes no suele solicitar prueba documental del origen declarado de los objetos que compran a sus proveedores y dice confiar en las declaraciones de origen y procedencia que aseveran sus colegas de profesión, sustentando sobre esa base su buena fe. No obstante, esta ausencia de control se aviene mal con las nuevas exigencias del mercado del arte.

El análisis realizado hasta ahora pone de manifiesto como los delitos referidos pueden ser cometidos por los agentes intervinientes en este mercado, compradores o vendedores, si bien en ocasiones la actuación de los sujetos individuales puede contaminar y transferir la responsabilidad a las personas jurídicas, las cuales, desde la reforma penal española operada por LO 5/2010, de 22 de junio pueden tener responsabilidad penal en determinados delitos. En este caso, el sistema establecido en el art.31 bis contempla, tras la reforma del CP por LO 1/2015, de 30 de marzo, un sistema de exención o atenuación de la responsabilidad criminal de la persona jurídica, consistente en que la misma haya desarrollado un “modelo de organización y gestión” (*criminal compliance programs*), detallando los requisitos esenciales en su apartado 5º para que el modelo pueda considerarse penalmente eficaz.

Los conocidos como *compliance programs* adquieren pleno sentido en el sector de la compra venta de arte, no

solo respecto a grandes organizaciones, sino también para las medianas y pequeñas empresas, anticuarios o pequeños galeristas, adaptados en este caso a una estructura más sencilla, conforme al art. 31 bis 3 CP. Todas ellas deberían instaurar sistemas de control y prevención delictiva, toda vez que nos encontramos en un sector con una cadena de intermediarios larguísima que puede dar lugar a la comisión delictiva dolosa y en muchos casos imprudente. Los comerciantes de arte y antigüedades quedan en muchos casos expuestos, por ejemplo, a la recepción de pagos por parte de sujetos con intención de blanquear dinero de procedencia ilícita a través de la compra de obras de arte en sus establecimientos.

Ahora bien la realidad es que la formulación de compliance programs no se encuentra extendida en la práctica empresarial vinculada al comercio del arte, probablemente porque, pese a que los agentes del mercado son cada vez más conscientes de que necesitan dotar de una cobertura jurídica a su actividad y prevenir conductas ilícitas, se aprecia una falta de conocimiento en general de lo que podríamos denominar el derecho del arte y en particular de los posibles riesgos penales vinculados a su actividad. Y ello, a pesar de las enormes consecuencias penológicas que pueden acarrear para la persona jurídica, como su disolución y como mínimo unas multas elevadísimas.

Conviene recordar a este respecto que el art. 31 quinquies excluye expresamente del régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas a determinadas entidades a las que no les resultará de aplicación las disposiciones de este modelo de responsabilidad; en concreto se entienden excluidas del modelo de responsabilidad las Administraciones públicas y el sector público administrativo. Pese a ello, en un contexto en el que la sociedad se preocupa de manera creciente por el correcto funcionamiento y uso de los fondos y servicios públicos, se espera que las instituciones con vocación de

servicio a fines de interés general, como sería el caso de los museos, hagan esfuerzos en pro de la transparencia voluntaria. De ahí, la recomendación de dotarse de Programas de Cumplimiento, de un sistema de control interno y de vigilancia que le permite evitar o reducir el riesgo de comisión de delitos así como facilitar su rápida detección. A través de las conductas que han de llevarse a cabo en su implantación se produce de un modo proactivo la prevención delictiva por medio de las pautas de organización y de gestión establecidas en el Plan<sup>[542]</sup>.

A grandes rasgos, centrándonos en el contenido esencial de un compliance en el sector del arte, se han de observar los requisitos recogidos en el art. 31 bis apartado 5 CP. Así, la condición 1º del citado precepto se refiere a la identificación de "...las actividades en cuyo ámbito pueden ser cometidos los delitos los delitos que deben ser prevenidos". Se trata por tanto de detectar cuales son las actividades en el sector del arte con las que se corren riesgos con relevancia penal por la actuación de directivos y/o empleados, para así adoptar posteriormente los protocolos o medidas de vigilancia y control que los reduzcan significativamente.

El análisis de riesgos es uno de los aspectos centrales del programa de cumplimiento y juega un papel determinante en sede judicial a la hora de determinar su "eficacia". A título de ejemplo, entre las operaciones con obras de arte y antigüedades que conllevan riesgos penales, pueden citarse, además de las ya abordadas en el epígrafe anterior, por ejemplo, posibles daños o robos de las obras en depósito en galerías de arte o anticuarios o implicación por desconocimiento en operaciones de compraventa en las que exista blanqueo de capitales o se comercie con obras robadas o falsificadas.

Las llamadas Red flags o Banderas Rojas actúan como una guía orientativa para los intermediarios y comerciantes del mercado del arte y las antigüedades al ponerles en situación de alerta ante determinados comportamientos de

clientes u otros intermediarios con los que puedan colaborar. Algunos organismos independientes que reúnen a comerciantes y coleccionistas de arte han publicado guías o recomendaciones con la intención de mejorar las prácticas del sector y mitigar los riesgos del blanqueo. A modo de ejemplo, FERNÁNDEZ LORENZO<sup>[543]</sup> cita algunos como *Responsible Art Market* (RAM), una organización sin ánimo de lucro creada en Ginebra en 2015 con el objetivo de trasladar al sector del arte las buenas prácticas que ya se utilizan en otros sectores de actividad y que en 2017 publicó una Guía orientativa con la que aspira a concienciar e informar a las galerías, casas de subastas y demás operadores, de los riesgos que conlleva el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo. Por otra parte, el *Basel Institute of Governance*, un organismo independiente y sin ánimo de lucro asociado a la Universidad de Basilea, publicó en 2018 el *Basel Art-Trade Anti-Money laundering Principles*, un documento especialmente dirigido al sector del arte en el que ofrece recomendaciones y una serie de prácticas standard a implantar por parte de los comerciantes de arte.

En España, el Servicio de Prevención de Blanqueo de Capitales (SEPBLAC) que realiza una labor supervisora, materializada tanto a través de inspecciones in situ como de actuaciones específicas orientadas a la comprobación del cumplimiento de los deberes previstos en la normativa por los sujetos obligados, tiene publicado un Catálogo de operaciones de riesgo de blanqueo de capitales y financiación del terrorismo, para el sector del arte y las antigüedades en el que se ofrece, de modo ejemplificativo, un listado de situaciones o conductas sospechosas por cuanto en ellas concurren diversos factores de riesgo. Coincido con SEOANE PEDREIRA<sup>[544]</sup> en cuales son los comportamientos más representativos:

“a) Operaciones que conllevan generación de plusvalías aparentes en la compraventa de obras de

arte nacionales e internacionales no acordes con los precios del mercado ni con los plazos de su generación.

b) Subastas en las que se detecta un acuerdo previo entre el vendedor y la persona que, finalmente y sin importar las subidas de precio, procederá a la adquisición del bien subastado.

c) Clientes que habiendo adquirido cualquiera de los elementos citados buscan una rápida reventa de estos.

e) Clientes que acuden a subastas y realizan pujas desorbitadas con el objeto de adquirir la mayor cantidad de objetos; o que pujan de manera sistemática por todos los presentados.

f) Intervenientes que solicitan u ofrecen en sus operaciones de compraventa la devolución o la recompra de la mercancía, sobre todo cuando se han empleado en su previa adquisición medios de pago en efectivo o procedentes de territorios sensibles, y todo ello a pesar de las eventuales penalizaciones que se han podido establecer”.

Ante alguna de estas situaciones, el comerciante de arte y antigüedades debe considerar y determinar, mediante el correspondiente examen especial, si existe indicio de blanqueo de capitales y, en ese caso, comunicarlo al SEPBLAC.

Identificadas las actividades en cuyo ámbito puedan ser cometidos los delitos, a través de la técnica del “mapa de riesgos penales”, en un *Compliance* se priorizarán aquellos que pueden imputarse a una empresa u organización del sector del arte. Indudablemente pues, en un mapa de riesgos inherentes al mercado del arte, los delitos relacionados con el blanqueo de capitales ocuparán la posición de mayor impacto y mayor probabilidad.

A este respecto el SEPBLAC en su última Memoria de actividades 2018/19 advierte del bajo nivel de



comunicaciones de operaciones de riesgo en el sector del arte y las antigüedades, mencionándose una comunicación anual desde 2012 a 2017 (excepto en 2014 que fueron dos). En cuanto a inspecciones in situ realizadas por el SEPBLAC (por tipo de sujetos obligados) han sido 4 las realizadas por vez primera en 2017 en el sector del arte y las antigüedades y ninguna en los años 2018 y 2019. De suerte que, como señala GARCÍA CALDERÓN<sup>[545]</sup>, pese a la dificultad que comporta una forma efectiva de control y pese al voluntarismo de algunas plataformas de venta por Internet, resulta preocupante la práctica habitual poco proclive a la comunicación de situaciones dudosas que sean detectadas, señalando como ejemplo falsas subastas en la red.

El proceso de evaluación de riesgos ha de continuar identificando, en relación a las distintas tipologías delictivas, las normas extrapenales que establecen obligaciones sometidas a control, cuyo incumplimiento puede dar lugar al delito, además de estar sancionado en la propia normativa administrativa. Ello facilita, no solo la delimitación de los mayores riesgos, atendiendo al dato de si, como mínimo, cuenta con los requisitos administrativos previos (por ejemplo, autorizaciones de exportación) sino también a diseñar las medidas correctoras o preventivas. En el ámbito comunitario, considero debe destacarse el Reglamento 2019/880 de 17 de abril de 2019 del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la importación de bienes culturales viene a completar la normativa comunitaria ya existente a través de la Directiva 2014. El objetivo de este Reglamento es establecer las condiciones y procedimientos para la importación de bienes culturales, con el fin de salvaguardar el patrimonio cultural de la humanidad y prevenir el comercio ilícito de bienes culturales, en particular en los casos en que este comercio pueda contribuir a la financiación del terrorismo. Al garantizar que estas importaciones estén sujetas a controles uniformes en todas las fronteras exteriores de la

UE, el nuevo reglamento tiene como objetivo evitar la introducción, importación y almacenamiento en la UE de bienes culturales retirados ilegalmente de un tercer país.

Siguiendo con el contenido de los Compliance Programs, se han de analizar los protocolos, procedimientos y controles ya implantados en la organización; como ya expuse en otro trabajo<sup>[546]</sup>, en particular, dentro del Programa de Cumplimiento se debe incluir un Código Ético o Código de Conducta que suponga un punto de referencia para todo el personal; es un documento o manual que contiene las reglas o protocolos destinados a guiar los comportamientos en el interior de la empresa u organización y cuyo objetivo es asegurar que los empleados realizan su actividad conforme a los valores de la organización.

Una iniciativa a nivel internacional es el Código internacional de ética para marchantes de bienes culturales, aprobado por la UNESCO en 1999, aunque su valor jurídico es limitado y es bastante desconocido por los comerciantes. Su finalidad es la de que dichos profesionales acepten quedar vinculados por los principios de práctica que se detallan en los artículos contenidos en el Código y se esfuercen por eliminar de sus actividades profesionales los bienes culturales resultantes del comercio ilícito. Los siete primeros artículos del Código plantean una serie de normas sobre: prohibición de importación y exportación de los bienes robados, ilícitamente enajenados, excavados de manera clandestina e ilícitamente exportados o su posterior venta, la obligación de garantizar el título de propiedad de la obra de arte que se pretenda vender o el nombre y la dirección del vendedor, la prohibición de participar en una nueva transacción con objetos procedentes de excavaciones clandestinas u obtenidos de manera ilegal, la prohibición de exponer, describir, atribuir, tasar o poseer un objeto cultural con la intención de favorecer o no impedir su venta o exportación ilegal y la prohibición de desmembrar y vender objetos que

constituyen un conjunto completo o que deban ser conservados juntos. Finalmente, el octavo y último artículo se refiere a las infracciones al mencionado código deontológico, las cuales serán objeto de investigación por parte de un organismo escogido por los comerciantes que hará públicos los resultados de la investigación y los principios aplicados. Por su parte, la Confederación Internacional de Vendedores de Arte (CINOA) también dispone de un Código Internacional de Ética en la Propiedad Cultural (2005) en el que subraya y recomienda que la práctica de la profesión del arte y los anticuarios se rija por determinados principios de buena fe, por ejemplo, adoptando todas las medidas necesarias para detectar objetos robados, no debiendo en ningún caso participar en transacciones que, según su conocimiento puedan estar vinculadas a operaciones de blanqueo de dinero o proporcionando a sus clientes una garantía de su seriedad y competencia para certificar la autenticidad de la propiedad vendida. La Federación Española de Anticuarios, perteneciente a la citada entidad, también dispone de su propio Código Deontológico.

En el marco de Naciones Unidas, su Asamblea General en resolución 2014/20 de 16 de julio aprobó las Directrices Internacionales sobre las Respuestas de Prevención del Delito y Justicia Penal al Tráfico de Bienes Culturales y otros Delitos Conexos, entre otras, insta a elaborar estadísticas sobre infracciones y delitos cometidos contra los bienes culturales - proponiendo definirlos a efectos del derecho penal - así como y bases de datos nacionales sobre tráfico de bienes culturales y delitos conexos, así como medidas de vigilancia del mercado de bienes culturales, incluso para Internet.

Tras concluir con la evaluación de los riesgos - que deberán revisarse periódicamente por si aparecen otros nuevos - debe diseñarse una estrategia o protocolo de prevención de responsabilidades penales, adaptado a la nueva normativa expuesta en el subepígrafe anterior, con

medidas a cumplir por el marchante de arte tales como las siguientes<sup>[547]</sup>:

- Verificar la identidad del cliente (DNI y/o pasaporte): es una de las primeras medidas de diligencia debida que debe adoptar el marchante, no solo para cumplir con la normativa de la prevención del blanqueo, sino para conocer si el propietario es una persona física, una empresa o un trust.
- Comprobar el título de propiedad del vendedor: si el vendedor es persona jurídica obligatoriamente debe contar con el documento de compra, así como tener contabilizada la pieza en el activo de la propiedad.
- En relación a la obra, verificar su origen legal, comprobando que la obra no está en algún registro de objetos robados o falsificados, investigando su provenance y solicitando el certificado de autenticidad de la obra.
- Si la obra ha sido exportada de otro país, solicitar certificado de exportación.
- Verificar si la obra está singularmente protegida, esto es, si ha sido declarada bien de interés cultural (BIC) o incluida en el Inventario General de Bienes Muebles.
- Conservar la documentación de compra durante el plazo establecido de diez años, coincidiendo con el plazo de prescripción de los delitos dolosos de blanqueo. Las copias se guardarán en soportes ópticos, magnéticos o electrónicos.

De acuerdo con lo previsto en el art. 31 bis 5. 4º del CP se debe implementar un canal de denuncias: se debe informar de posibles riesgos e incumplimientos al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención. Para el caso de

detectarse alguna irregularidad, en el caso de una casa de subastas se suelen reservar el derecho de sacar la obra del circuito de la venta.

Precisamente para proteger mejor a los alertadores de las consecuencias negativas y las represalias, como el despido, el traslado, o la intimidación, el 16 de diciembre de 2019 entró en vigor la Directiva UE 2019/1937 de Protección de los Denunciantes. Los Estados miembros debían transponer la Directiva antes del 17 de diciembre de 2021 a su legislación nacional. En el caso de España, el 13 de septiembre de 2022, el Consejo de Ministros aprobó el “Proyecto de Ley reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción”, transponiendo a la legislación española la Directiva Whistleblowing. A partir de ahora, todas las empresas públicas y privadas de a partir de 50 empleados deberán contar con sistemas de información internos que garanticen la seguridad y confidencialidad para que toda persona que informe sobre un acto ilícito no sufra represalias.

-Llevar a cabo un plan de formación tanto de directivos como de empleados en aras de que conozcan las responsabilidades de diligencia debida para evitar y prevenir el tráfico ilícito y delincuencia conexas.

Finalmente se ha de realizar una verificación periódica del modelo y de su eventual modificación cuando se pongan de manifiesto infracciones relevantes de sus disposiciones, o cuando se produzcan cambios en la organización, en la estructura de control o en la actividad desarrollada que los hagan necesarios.

A modo de conclusión podemos afirmar como, pese a que la mayoría de los países disponen de previsiones legales destinadas a proteger y preservar su herencia artística, se han evidenciado los riesgos penales vinculados al comercio de obras de arte y antigüedades. Por esta razón resulta imprescindible desarrollar una cultura de cumplimiento

entre los agentes intervinientes en el mercado del arte para prevenir las actividades ilícitas vinculadas al mismo.

No olvidemos que la prevención del blanqueo ayuda a la lucha contra la financiación del terrorismo, dado que los bienes culturales se encuentran entre las fuentes de financiación.

A su vez hemos de insistir en el hecho de que, tras la opción legislativa en el año 2010 por un sistema de *numerus clausus* para articular la responsabilidad penal de las personas jurídicas, debía haberse realizado un riguroso proceso de selección de los delitos en los que existiera verdadera necesidad de reconocimiento. Y si nadie cuestionó que una parte importante de delitos medioambientales, como los urbanísticos y los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente, debían integrarse necesariamente en el listado del Código Penal, no acabamos de entender por qué los delitos sobre el patrimonio histórico siguen quedando fuera, pese a las diversas reformas penales llevadas a cabo desde entonces.

Si atendemos al derecho comparado, recientemente Italia acaba de incorporar tal previsión, con la aprobación de la *Legge 9 marzo 2022, n. 22 avente ad oggetto "Disposizioni in materia di reati contro il patrimonio culturale"*, modificando el decreto legislativo 2001 en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas (art. 25—septiesdecies (*delitti contro il patrimonio culturale*) y duodevicies (*riciclaggio di beni culturali*).

Insisto, por tanto, en que la previsión en nuestro ordenamiento penal de la responsabilidad de las personas jurídicas en los delitos sobre el patrimonio histórico supondría otorgar un tratamiento homogéneo con los delitos previstos en el mismo Título, además de ir en la línea de lo previsto en el art. 13 de la *Convención del Consejo de Europa sobre delitos contra los bienes culturales*. Dicho Convenio - que entró en vigor el pasado 1 de abril y que, pese a la riqueza cultural de nuestro país,

está pendiente todavía de firma por el Estado español - está abierto a todos los países del mundo<sup>[548]</sup>.

# **CRIPTO CRIMINALIDAD. NFT'S, DEX'S, CROSS CHAIN BRIDGES, NUEVOS DATOS E INNOVACIONES EN LA TECNOLOGÍA BLOCKCHAIN DE USO CRIMINAL**

Dr. Phd. Fabio Joffre Calasich\*

## **I. Consideraciones generales**

Desde que en 2009 irrumpió en el mercado la tecnología blockchain se abrió un amplio abanico de aplicaciones en cuanto a la gestión de información, así como su codificación, custodia y transmisión, principalmente en el ámbito de la provisión de los servicios financieros y el intercambio de los mercados de activos intangibles.

Posiblemente la generación de tokens con pretensiones de uso como moneda de intercambio paralelo a la moneda *fiat*, sea la aplicación más famosa de la tecnología blockchain, pero pensar que ese sea su única utilidad dista mucho de ser una realidad. Si bien, la gestión de cripto monedas resultó ser la aplicación más conocida de la blockchain, cada vez salen al mercado nuevas innovaciones que aprovechan el método de gestión distribuida de contenidos por medio de criptografía informática. Así, *Smart contracts*, *Non fungible Tokens* (NFT's), *Decentralized exchangers* (DEX's), servicios de *Decentralized Finance* (DeFi's) como *cross - chain*



*bridges*, y *transactional compliance blockchain*, son algunas de las múltiples aplicaciones alternativas al uso monetario que promete la blockchain.

Pero junto a las ventajas, las amenazas y retos concurrentes también irrumpieron con el aprovechamiento de esta tecnología, destacando entre aquellos el uso criminal de las facilidades ofrecidas por el manejo de cripto activos.

Paralelamente a la expansión del valor del Bitcoin en el mercado de intangibles, también crecía su industria publicitaria portadora de una ideología de ruptura contra las instituciones de la banca tradicional, el sistema financiero y la política monetaria. Junto a esta explosión de información, también proliferaban las argumentaciones teóricas desde el Derecho Penal que veían en la blockchain y particularmente en su aplicación monetaria, un auténtico caldo de cultivo para la facilitación del lavado de dinero y el financiamiento de actividades delictivas con dinero de origen injustificado.

Sin embargo, donde mayores alertas y consiguientemente medidas de control de la actividad blockchain se levantaron, fueron y provienen de parte de las agencias gubernamentales de represión criminal así como de organizaciones internacionales afines.<sup>[549]</sup>

La principal “lógica” percibida con la amenaza en el empleo criminal de la blockchain particularmente del comercio de criptomonedas, radica en que el carácter criptográfico con el que el sistema cifra los contenidos de las transacciones y sus participes, favorecería la opacidad de la información intercambiada y por consiguiente de la fuente y el destino de esta.<sup>[550]</sup> Ciertamente esto coincide o asemeja con la característica más criminógena del blanqueo de dinero, cual es el ocultamiento del origen y destino de recursos económicos con propósitos de delictivos.

A esto se sumaban otras características como el carácter descentralizado que favorecería la ausencia de mecanismos

de supervisión de las transacciones, así como la irreversibilidad y rapidez de las transacciones.<sup>[551]</sup>

Esta percepción motivó a que el “ecosistema” mundial de la represión criminal del blanqueo de dinero se configure con una creciente serie de mecanismos de prevención en el uso de cripto activos por parte de tales actividades. Entre estos se encuentran el fortalecimiento de medidas de diligencia debida dirigidos especialmente a *exchangers*, plataformas de proveedores, y brokers que ofrecen toda clase de servicios de intercambio de criptomonedas y DeFi’s.

Pese a esta creciente configuración del arsenal fiscalizador de intermediarios y proveedores comerciales de criptomonedas, el uso criminal de la blockchain mantuvo una escalada delincuencia discreta en términos de volumen de flujo de recursos económicos y víctimas afectadas. Comparativamente a lo alertado en los inicios de las discusiones institucionales respecto al uso criminal de las criptomonedas, el volumen de recursos ilícitos comprometidos con tecnología blockchain especialmente en el ámbito del lavado de dinero, es pequeño en comparación con los volúmenes de recursos blanqueados por los métodos tradicionales y con dinero *fiat* común.

Adicionalmente el flujo de criptomonedas sometidas a blanqueo resultó mucho menos de lo pronosticado en algunos artículos doctrinales<sup>[552]</sup> y reportes institucionales,<sup>[553]</sup> resultando que la criminalidad con criptomonedas tiene mayor recurrencia en delitos ya conocidos como los fraudes piramidales y esquemas ponzi,<sup>[554]</sup> así como en delitos de nuevo cuño como secuestro de información digital (*ransomware*), chantaje - fraude mediante correo electrónico *blackmail scams*, fraudes en ofertas iniciales de inversión *ICO’s scams*, inversiones post fraudulentas *hard exit scams*, fluctuación fraudulenta de precios de cripto activos - *pump and dump groups* y otros.<sup>[555]</sup>

Uno de los hallazgos más importantes en cuanto a la desmitificación del cripto lavado de dinero resultó sin duda

en que la manifestación anónima de sus contenidos y trazabilidad no resultó ser tan anónima como se afirmaba, pues el mismo carácter criptográfico del sistema tenido como ventaja de opacidad presentaba al mismo tiempo su debilidad, ya que el protocolo de Bitcoin está disponible como software de fuente abierta, pudiendo ser operado por cualquier dispositivo computacional, incluyendo laptops y smartphones.<sup>[556]</sup> Prueba de ello la relativa facilidad con que ciertas compañías de seguridad informática brindaron reportes tempranos y luego periódicos sobre el impacto y volumen de actividad delincuenciales con cripto activos.

En este contexto el objeto de este trabajo es brindar un panorama resumido y actualizado del impacto criminal generado por la tecnología blockchain conforme los últimos estudios empíricos aportados por agencias estatales y compañías de seguridad como la *Financial Crimes Enforcement*, *Eurojust*, *Chainalysis*, *Elliptic* y otros. Particularmente se expondrá hasta qué punto el uso de criptomonedas está facilitando delitos financieros o por el contrario, si este fenómeno es apenas un efecto secundario procedente de otras actividades criminales de mayor magnitud como es el caso de los fraudes piramidales y el ransomware.

Posteriormente veremos alguna de las innovaciones que están evolucionando en los servicios de descentralización financiera o DeFI's y que podrían incentivar un mayor volumen de operaciones ilícitas con cripto activos.

## **II. Impacto del uso criminal de cripto activos en cuanto a delitos de lavado de dinero, estafas, ransomware y compras de la Darkweb**

Como se tiene apuntado al inicio de la euforia Bitcoin<sup>[557]</sup> también surgieron las advertencias provenientes tanto de instituciones financieras, regulatorias<sup>[558]</sup> y de la doctrina

penal respecto al potencial uso que los blanqueadores de dinero harían con esta tecnología.

En gran parte estas advertencias posibilitaron la actualización necesaria de los mecanismos normativos principalmente de prevención del blanqueo mediante monedas virtuales a través de la promoción en la adopción de medidas de diligencia debida y *know your client* (KYC) aplicadas a los proveedores de cripto monedas, intercambiadores, proveedores de billeteras móviles y otros.

Por su parte las agencias de investigación criminal lograban las primeras intervenciones en decomisos, registros de billeteras virtuales y desactivación de mercados negros<sup>[559]</sup> donde se intercambiaban cripto monedas como forma de intercambio de productos ilícitos, mayormente procedentes de estafas y secuestro de información digital.

Es muy difícil todavía saber si esta temprana contención del uso criminal de criptomonedas podría haber tenido influencia en el escaso volumen de criptoactivos blanqueados en comparación con mecanismos financieros tradicionales. Sin embargo, ya en el año 2018 se hacía público el informe de ELLIPTIC<sup>[560]</sup> y la *Fundación para la Defensa de las Democracias* y el Centro sobre Sanciones y Finanzas Ilícitas (CSIF)<sup>[561]</sup> en el cual se hacía una primera aproximación en la medición del volumen de los flujos de criptoactivos de origen oscuro mayormente provenientes de sitios clandestinos en la *Darkweb* o vinculados con actividades de compra de productos ilícitos.

Así, tomando un rango temporal entre el año 2013 al 2016 este estudio identificó que el porcentaje de bitcoins de origen ilícito proveniente de la *Darkweb* y que tuvo como destino servicios de conversión lícitos era solo del 0.61% en relación con el total de recursos legales ingresados a estos servicios durante los cuatro años analizados.<sup>[562]</sup> De ese volumen de bitcoin ilícito resultaba que los servicios de *mixers*<sup>[563]</sup> acaparaban el mayor

porcentaje de destino del bitcoin de origen ilícito con un valor del más del 20% de todo el flujo de recursos ilícitos entre el año 2013 al 2015, aunque luego ese valor caería abruptamente el 2016 hacia un 2.81% probablemente según este estudio, a raíz del reforzamiento de las políticas anti lavado de dinero implementadas por la normativa.

Otro dato interesante mostraba que después de los servicios de *mixers*, los sitios de apuestas *on line* recibían la segunda cantidad en porcentaje de bitcoin ilícito y luego le seguían los cambiadores (*exchangers*) de monedas virtuales.<sup>[564]</sup> Entre los dos primeros tipos de servicios de conversión hacían más del 60% del volumen de bitcoin blanqueado en comparación al 45% de los cambiadores bitcoin.<sup>[565]</sup>

Pese a que los servicios de *mixers* y apuestas *on line* procesan los más altos porcentajes de bitcoin blanqueado, los servicios de *exchangers* bitcoin procesan una parte menor que ascendía al 45% del total de bitcoin blanqueado. Sin embargo, este porcentaje no sería tan significativo puesto que este tipo de servicios son los que procesan un volumen de bitcoin lícitos mucho más amplio.<sup>[566]</sup>

Como se podrá advertir en dicho estudio se encontró que todos los servicios de conversión e intercambio de divisas habrían recibido determinados volúmenes de bitcoin procedente de actividades ilícitas. Sin embargo, la vasta mayoría de fondos que estos servicios recibieron no eran ilícitos en comparación con los procedentes de la *Darkweb*. Incluso se encontró un declive en el flujo de recursos ilícitos dirigidos a *mixers* y apuestas *on line* para el año 2016.<sup>[567]</sup> Pese a ello, este tipo de negocios continuaban siendo los sitios de mayor procesamiento de cripto lavado.

Posteriormente el año 2020 la compañía de seguridad Chainalysis<sup>[568]</sup> publicaría el reporte sobre el estado del cripto crimen con su título original "*The 2020 state of crypto crime*". En este reporte un hallazgo esclarecedor apuntaría a que el volumen e intercambio de recursos de procedencia ilícita mediante cripto activos había

aumentado entre el año 2017 a 2019 pero el grado de estos en comparación con los flujos lícitos de criptomonedas era pequeño, es decir de solo un 1.1% en valores ilícitos no solo de bitcoin sino de todas las criptomonedas de uso público.

Con este hallazgo se repetía un similar resultado como el obtenido por el reporte de Elliptic en el año 2016. Es decir que el volumen de actividades ilícitas con criptomonedas en relación con el volumen de actividades lícitas, era bastante discreto.

Posteriormente Chainalysis rectificaría este resultado<sup>[569]</sup> especialmente para el año 2019 en un siguiente reporte recientemente lanzado el año 2021 denominado *The 2021 Crypto Crime Report. Everything you need to know about ransomware, darknet markets, and more*. Según esta fuente el flujo de ingreso y salida de criptomonedas ilícitas ascendería el 2019 al 2% del total del flujo de mercado de las criptomonedas. Equivaliendo esto a un valor de 20.000 mil millones de dólares de flujo ilícito para el 2019.

Por su parte el reporte *The state of cross - chain Crime de Elliptic* del 2022 cifra en 4 mil millones de dólares el valor total de operaciones ilícitas con criptomonedas provenientes de cambiadores descentralizados y servicios de intercambio de monedas virtuales el año 2021.<sup>[570]</sup>

En el rango de años estudiado por Chainalysis se evidencia ciertamente un incremento del volumen de criptomonedas provenientes de actividades ilícitas desde cinco mil millones de dólares el año 2017 a más de veinte mil millones el año 2019, equivalentes al 2% sobre el volumen total de cripto activos, lo que demuestra un enorme incremento del uso ilícito de las criptomonedas.

Sin embargo, el 2020 se evidencia un decremento significativo al 1% confirmando la disminución global en el uso de criptomonedas para fines criminales y sobre todo en comparación con la cantidad de fondos ilícitos involucrados en el sistema financiero tradicional.<sup>[571]</sup>

Como se ha manifestado si se compara este volumen ilícito con el volumen de todo el movimiento lícito de

criptomonedas, su magnitud no es tan considerable pues apenas alcanza el 2% el año 2019, mientras que el 2020 todavía experimentaría una reducción significativa.

Una primera conclusión a extraer de estos datos es que no solo el uso de crypto activos es reducido y poco relevante en relación con la criminalidad económica por medio de activos tradicionales,<sup>[572]</sup> sino que el uso criminal de crypto activos ha experimentado un declive el 2020 y 2021 en comparación a otros años.

Dos posibles causas de ello podrían ser, en primer lugar, la facilidad de acceso y monitoreo de las transacciones mediante las blockchains más conocidas. En segundo lugar, que las medidas anti blanqueo de dinero impuestas a nivel mundial estarían surtiendo sus primeros efectos.<sup>[573]</sup> Pero más factible parece ser el hecho de que a diferencia del dinero metálico, la mayor parte de redes blockchain y en especial la de Bitcoin, es pública y transparente pues cada transacción y transmisión de valor puede ser accedida mediante cualquier blockchain *explorer* y en efecto, se mantiene registrada en el sistema nodal sin poder ser borrada ni alterada.

The screenshot displays a Bitcoin address explorer interface. At the top, the address is `bc1qq7u3wsst83snj0jtnxd7w94zu0kkuun79jdexp`. The balance is shown as 0.0046 BTC (93.15 USD). The transaction history shows a single confirmed transaction from July 7, 2022, with a total value of 0.0046 BTC. The transaction details show a sender address `bc1qh0vcxjk5a5qeyhc3povuvjscj08q4s87u2x3z` and two recipients: `bc1qq7u3wsst83snj0jtnxd7w94zu0kkuun79jdesp` (0.00460000 BTC) and `bc1q5fyeggjye4quevuglhy2la5d2v7jjtqemxyg88` (0.57902800 BTC). Red arrows point to the recipient addresses in the transaction details.

Field	Value
Type	witness_v0_scripthash
Address	bc1qq7u3wsst83snj0jtnxd7w94zu0kkuun79jdexp
Balance	0.0046 BTC · 93.15 USD
Total received	0.0046 BTC · 94.61 USD
Total spent	0 BTC · 0 USD
Transaction history	Received 0.0046 BTC (Confirmed) Jul 7, 2022, 7:47 PM UTC
Transaction hash	b568dec9ba679aa1bf76f9707c8a2cd6c64e0f9631ac12aa81e799daefcfc
Senders	1: bc1qh0vcxjk5a5qeyhc3povuvjscj08q4s87u2x3z (0.58362959 BTC · 12004.094 USD)
Recipients	2: bc1qq7u3wsst83snj0jtnxd7w94zu0kkuun79jdesp (0.00460000 BTC · 94.6128 USD), bc1q5fyeggjye4quevuglhy2la5d2v7jjtqemxyg88 (0.57902800 BTC · 11909.448 USD)

Figura 1. Ejemplo de como quedan registradas las transacciones de bitcoin en un *explorer* común. En el resaltado azul se tiene el código hash que identifica la transacción de compra de 0.0046 BTC el 7 de julio de 2022 en una transacción real. La flecha negra muestra la *wallet* de donde se adquirió la compra, mientras que la flecha roja muestra el código de la billetera donde se recibió el in put. Mas abajo también se muestra el cambio o out put que se derivó la transacción.

Fuente: blockchair.com en base a una transacción real de bitcoin

Esto ha llevado a varios reportes y autores a sostener que el carácter público del protocolo bitcoin y ethereum, así como otras criptomonedas es más rastreable y transparente que el uso de dinero metálico.<sup>[574]</sup> Así, el reporte de Chainalysis argumenta que la blockchain es inherentemente transparente y cada transacción es registrada en un libro contable público.<sup>[575]</sup>

Para Morais Ribeiro<sup>[576]</sup> las criptomonedas no son totalmente anónimas puesto que pueden dejar rastros digitales, mientras que el dinero físico es el rey de la anonimidad pues no se puede establecer en un billete cual ha sido su rastro en la cadena dominal.<sup>[577]</sup>

Para Ferrie E.,<sup>[578]</sup> bitcoin y otras criptomonedas seudónimas presentan las mismas direcciones anexadas a varias transacciones registradas en la blockchain pública a lo largo del tiempo, dando a los gobiernos una ventana hacia el historial de cada transacción. Incluso permitiendo a las agencias de seguridad emplear tecnología forense para analizar el trazado de las transacciones, así como sus patrones y actividades.<sup>[579]</sup>

La figura 1 muestra como en cualquier explorador o browser de wallets puede accederse al historial de transacciones de cualquier billetera simplemente, copiando su código qr o hash.



No obstante, esto no es aplicable a aquellos criptoactivos que han sido diseñados específicamente para contrarrestar el acceso transparente, buscando alcanzar una auténtica anonimidad de las transacciones. Esto sucede con aquellas redes blockchain que sustentan cripto activos como Monero, Zcash, Dash y otros. Estos cripto activos presentan nuevas innovaciones que amplifican la privacidad de los flujos ya sea oscureciendo el vínculo entre la transacción y su real usuario o incrementando restricciones al acceso del historial contable de las transacciones.<sup>[580]</sup>

Para ello están proliferando el empleo de *mixers*, randomización de datos transaccionales, firmas de anillos y otros dispositivos que encubren las direcciones, billeteras, llaves y flujos de las transacciones con esas criptomonedas, imposibilitando su rastreo.

La blockchain de Monero permite usar firmas de anillos y direcciones confidenciales dentro de su red generando una mezcla de llaves privadas y públicas dentro la red Monero que impide determinar la verdadera identidad de los usuarios con el manejo de los fondos. Uno de estos anillos es el RingCT el cual esconde los usuarios que envían y reciben, así como el valor de las transacciones individuales.<sup>[581]</sup>

Aparte de ello, Monero también cuenta con un sistema de generación de direcciones invisibles que permiten esconder al usuario que emite y reciben criptomonedas, mediante la *randomización* es decir asignación aleatoria de una dirección diferente y específica para cada nueva transacción.<sup>[582]</sup>

Otra característica de Monero que la diferencia de otras criptomonedas como el Bitcoin,<sup>[583]</sup> es su fungibilidad por defecto. Es decir, cualquier transacción de Monero es funcionalmente equivalente a cualquier otra, siendo imposible rastrear el historial de una criptomoneda Monero, ya que su código es idéntico a los demás.<sup>[584]</sup>

A parte de Monero existen otras criptomonedas como Zcash, Dash, Grin y Beam que utilizan otras formas de potenciadores de anonimidad o privacidad en sus blockchains. Por ejemplo la blockchain Mimblewimble que contiene las criptomonedas Grin y Beam emplea otros métodos de potenciamiento de privacidad como integrar mezclados en una sola transacción varios flujos de entrada y salida de aparentes intercambios de criptomonedas,<sup>[585]</sup> haciendo casi imposible la determinación del verdadero flujo de entrada y salida que genera un movimiento real de recursos.

Pese a la mayor capacidad criminógena de estas blockchains de potenciamiento anónimo, las autoridades y organizaciones internacionales de protección penal del sistema financiero todavía no han desarrollado normativas o directrices especiales para dotar de mayor control a las entidades y personas que comercian con estos cripto activos. Salvo el caso de Japón<sup>[586]</sup> en Estados Unidos todavía no se han implementado medidas normativas, salvo investigaciones en el campo de la investigación forense como alternativa para hacer frente este nuevo tipo de tecnologías de ensanchamiento anónimo.

### **III. Incidencia del cripto crimen en volúmenes, tipos de delitos, negocios mas comprometidos**

A pesar de la existencia de criptomonedas realmente anónimas y diseñadas para que sea imposible la identidad y trazabilidad de sus transacciones, la realidad demuestra que el grueso de valor económico delictivo es blanqueado a través de Bitcoin, Ethereum, Litecoin, tether y otros cripto activos de clave pública. Así, sobre el curso del año 2019 Chainalysis detectó un flujo de bitcoin hacia servicios de cambiadores de moneda valuada en dos mil ochocientos millones de dólares (2.8 MM);<sup>[587]</sup> de los cuales el 50% eran

dirigidos a dos de los cambiadores mas relevantes en la actualidad, Binance y Huboi. [588]

Por otro lado, en el año 2020 el programa de software *Reactor* de Chainalysis cuantifica los flujos de criptomonedas tales como BitcoinCash, Bitcoin, Ethereum, Litecoin y otras, desde direcciones clandestinas a servicios cambiadores de divisas categorizados como riesgosos. Entre estos destinos se encuentran casinos *on line*, mixers y negocios en paraísos fiscales, siendo cada uno de estos preferentemente escogidos por una actividad delictiva fuente.

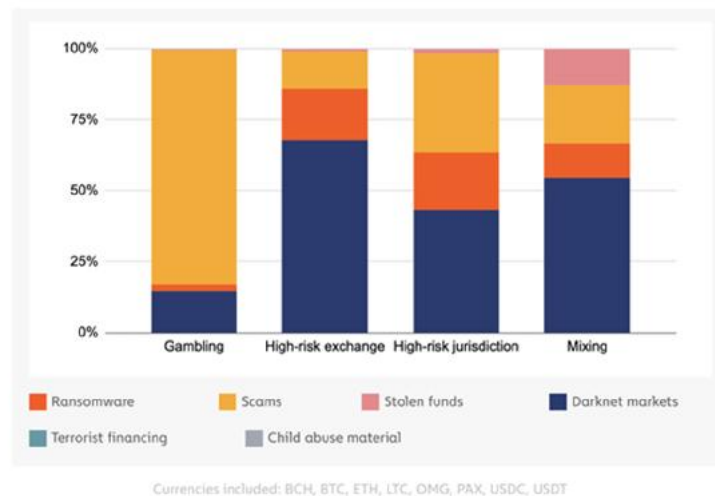


Figura 2. Gráfico que muestra servicios de cambio de moneda recibiendo flujos de criptoactivos ilegales por categoría de delito.

Fuente: Chainalysis, 2021 Report

Como puede observarse en este gráfico una considerable porción de flujos provenientes de fraudes se encaminan a plataformas de apuestas o casinos *on line*, donde los fondos ilícitos son blanqueados a través de estos negocios que incrementan la opacidad del origen con actividades simuladas de apuestas que generalmente facilitan la confusión de flujos debido al gran movimiento de dinero a pequeña escala.

La magnitud de fondos procedentes de fraudes también se dirige en segundo lugar a las denominados casas de cambio de alto riesgo como muestra la segunda columna, aunque en menor medida que otros ilícitos como *ransomware* y aquellos cometidos en la *Darkweb*. Finalmente, los flujos provenientes de estafas también son dirigidos en un volumen mas discreto a servicios de *mixers* que también conforman auténticos mecanismos de oscurecimiento del origen o movimiento de fondos.

Otra conclusión que puede extraerse es que la fuente delictiva de flujo de cripto activos más considerable que el fraude, son los delitos cometidos en la *Darkweb* donde mayormente se comercian productos ilícitos.<sup>[589]</sup> Esta situación es demostrada en el mismo reporte de Chainalysis donde los flujos de cripto activos provenientes de la *Darkweb* se mantienen estables desde el año 2016 hasta el 2020, incluso por encima del volumen de fondos procedentes de fraudes que constituyen el segundo lugar de origen ilícito del cripto lavado de dinero mundial.

Otro dato interesante que la fuente pública del protocolo *blockchain* permite conocer, es que un pequeño grupo de 270 direcciones recibieron el 2020 un 55% de todo el flujo de cripto activos de origen ilícitos, correspondiendo a 1.3 mil millones de dólares.

Share of all illicit funds going to top 5 illicit fund receiving services by crime type | 2017 - 2020

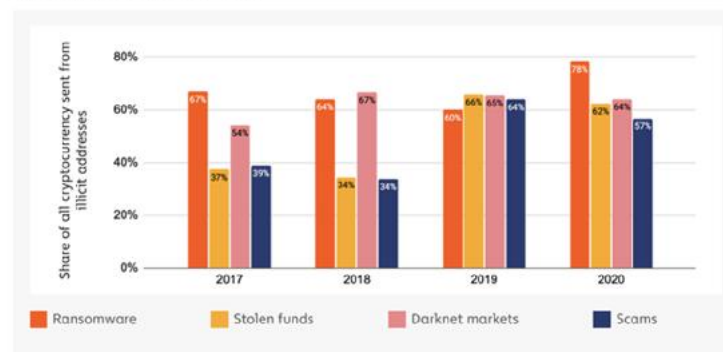


Figura 3. Aporte de todos los fondos ilícitos dirigidos a los top cinco servicios receptores de criptomonedas por tipo de delito.

Fuente: Chainanalysis report, 2022

De acuerdo con esta gráfica los cripto activos originados en mercados de la *Darkweb* se mantienen en niveles constantes entre el 2018 al 2020 en un promedio del 65% de todas las criptomonedas de origen ilícito. En segundo lugar con un 67% se encuentran los fondos provenientes de estafas *ransomware*, las cuales experimentan un incremento del 78% el 2020.

Esta situación contrasta con los datos del reporte del año 2020 donde se demuestra que los cripto activos procedentes de estafas y fraudes entre el año 2016 a 2019 tenían el mayor impacto criminológico en términos de volumen de fondos ilícitos con un 3% de todo el flujo de cripto activos lo que equivalía a una suma de 8.6 billones de dólares. En segundo lugar, los fondos provenientes de la *Darkweb* compartían apenas menos del 0.5% de todo el volumen ilícito de cripto monedas, pese a que desde el año 2016 conforme lo demuestra el análisis de Elliptic y luego Chainalysis, los volúmenes ilícitos adquirieron mas del 1.5% del total de flujo en cripto activos.

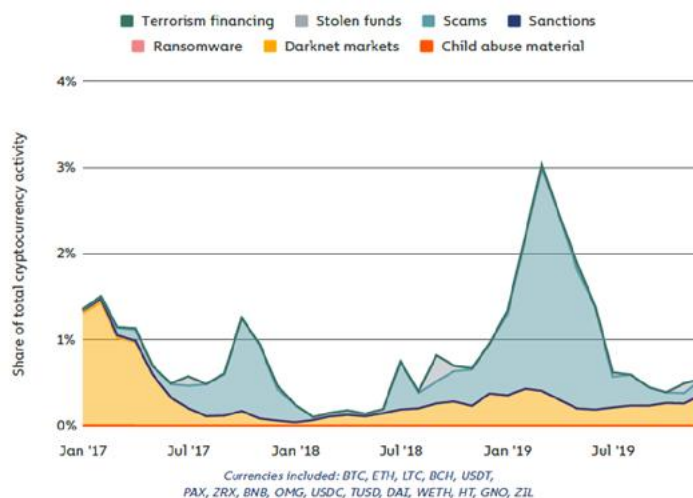


Figura 4. Volumen de transacciones con cripto monedas por categorías de delitos

Fuente: Chainanalysis report, 2021

Si bien las fuentes más relevantes de flujo ilícito de criptomonedas provienen de fraudes y tráfico de objetos ilícitos en la *Darkweb*, el lavado de dinero se muestra como una actividad delictiva fundamental para los cripto activos ilícitos dado que se constituye en el común denominador de toda actividad criminal,<sup>[590]</sup> ya que todo valor económico resultante de un delito necesita encubrir sus orígenes para su eventual conversión en dinero.<sup>[591]</sup>

## **IV. Innovaciones de la blockchain con posible uso criminal**

### *4.1 Non Fungible Tokens (NFT's) o Tokens no fungibles*

Como ya se manifestó, pese a la tendencia creciente que se evidencia en los flujos de cripto activos de origen ilícito, el volumen de estos se muestra discreto en comparación con las cantidades de dinero *fiat* blanqueados a través de medios tradicionales. La respuesta brindada por los organismos y agencias de seguridad a todos los niveles podría ser una de las causas de estos números relativamente bajos en comparación con el recurso criminal a otros activos más tradicionales. Sin embargo, reportes de instituciones de investigación criminal, organizaciones internacionales y compañías de seguridad y monitoreo de cripto activos, identifican nuevas innovaciones en la tecnología blockchain que podrían incrementar los flujos de cripto activos ilícitos, así como el tipo de actividades criminales.

De tal forma surgen nuevas amenazas generadas por la innovación constante que experimenta la tecnología blockchain por ejemplo con los denominados *Non Fungible Tokens* (NFT's) en español tokens no fungibles, los cuales son *smart contracts* gestionados en la blockchain y comercializados en un mercado digital.

Básicamente los NFT's son tokens generados en forma de hash y gestionados en una blockchain tal como sucede con las criptomonedas, pero a diferencia de estas no son utilizadas como medio de pago, o como impropriamente se dice *no son fungibles*.<sup>[592]</sup> Los NFT's se utilizan para representar activos únicos sean digitales o físicos.<sup>[593]</sup> Es decir, sirven como certificados de autenticidad<sup>[594]</sup> o propiedad sobre un activo subyacente que bien puede ser una obra de arte, un video, una escritura, una canción, una acción del mercado de valores, etc., las posibilidades son infinitas.

El uso de estos tokens está generando una nueva euforia en el mundo de los mercados digitales, especialmente en la venta de obras artísticas digitales, avatares, membresías en comunidades de metaversos, etc., con las consiguientes fluctuaciones de sus valores, muchas veces calificados de absurdamente volátiles<sup>[595]</sup> y sin base valorativa verificable.

Según el reporte de Elliptic de 2022 sobre NFT's y delitos financieros, cerca de 8 mil millones de fondos ilícitos han sido blanqueados a través de plataformas de NFT's desde el 2017 hasta el 2021,<sup>[596]</sup> representando hasta el momento un 0.02% de la actividad lícita con NFT's, de los cuales un 0.81% equivalentes a 328 millones fueron originados en servicios de oscurecimiento como mixers.

Pese a que este número no es significativo en comparación con otros volúmenes procedentes de medios mas antiguos y tradicionales, la probabilidad de uso de NFT's para estafas y lavado de dinero no deja de ser real. En el primer caso, dado que el año 2021 se han identificado montos de hasta cien millones de dólares entre mayo de 2021 y 2022.<sup>[597]</sup> En cuanto a lavado de dinero como ya se

observó existen datos comprobados de flujos ilícitos pasando a través de plataformas que comercian con NFT's.

La alta volatilidad que actualmente están experimentando los NFT's asociado a una fluctuación netamente especulativa podría ser aprovechada por blanqueadores para justificar transferencias de dinero con objeto real de venta de drogas, pero encubiertas como una lícita transacción de NFT's que sería utilizada para justificar la transferencia del dinero ilícito.<sup>[598]</sup> El carácter subjetivo en la valuación de transacciones con NFT's sumado a su alta volatilidad comprobada en transacciones de todo tipo de obras artísticas y contenidos digitales, lo asemejan a métodos conocidos y ya utilizados por blanqueadores mediante piedras preciosas, oro y obras de arte.

## *4.2 Decentralized exchangers (DEXs) o intercambiadores descentralizados*

Además de una innovación tecnológica se trata también de una innovación metodológica en el modus operandi de lavadores de criptomonedas ilícitas en su propósito de incrementar el ensombrecimiento del origen ilícito de los crypto activos obtenidos a partir de cualquier delito.

Los DEX's son aplicaciones que funcionan bajo la modalidad de *smart contracts* que operan en la plataforma blockchain de Ethereum. Estas se encargan de proporcionar servicios de intercambio de crypto activos en la misma blockchain sin necesidad de acudir a intermediarios o casas de cambio regulados.<sup>[599]</sup> Los términos del intercambio son definidos automáticamente en el *smart contracts* que se establece en la red.

A diferencia de los intercambiadores o *exchangers* centralizados, los DEX's no están sometidos a regulación ni aplicación de protocolos KYC y de diligencia debida puesto



que todo el intercambio de cripto divisas opera a nivel de la aplicación DEX'S y su código en la *blockchain*. En los primeros, un intermediario - el *exchanger* o intercambiador - interviene en la negociación controlando el intercambio, seguridad, precio y ejecución del intercambio, tomando incluso control de las divisas, mientras que en los DEX's no existe ningún intercambio y las partes son libres de ejecutar los acuerdos que estas pactan sin entregar las divisas.

Al prescindir de un intermediario, el acuerdo se ejecuta directamente en la blockchain permitiendo a las partes controlar todo el proceso de intercambio de las cripto monedas, sin necesidad de cumplir con medidas AML y de KYC.

Según Elliptic,<sup>[600]</sup> la manipulación criminal de DEX's puede alcanzar las siguientes actividades:

Intercambio de tokens para evitar incautaciones de aquellos que tienen origen ilícito. Al intercambiar, digamos bitcoin obtenido ilícitamente por ethereum se dificulta el rastro del primer tipo de cripto activo de procedencia ilegal y por consiguiente se impide su incautación.

Swaps o intercambio de tokens de otros blockhains para preparar una maniobra de puente hacia otras redes blockchain con la consiguiente dificultad para rastrear la cripto moneda original. Por ejemplo, el intercambio por renBTC, una versión mixturada del bitcoin en la red Ethereum con la que se puede intercambiar bitcoins en otras redes.

El uso de DEX's ha sido relacionado con la canalización de 3.3. mil millones de dólares en fondos desviados el año 2020, de los cuales 1.18 mil millones fueron intercambiados por otros tokens a través de DEX's<sup>[601]</sup> en cuestión de pocas horas e incluso minutos. Todo con la finalidad de dificultar el rastro de monedas virtuales sustraídas que son de acceso público como bitcoin para convertirlas en otros tokens más transparentes y conocidos.

Es importante resaltar que la inmediatez en las conversiones se torna en un factor clave para los atacantes puesto que ante el conocimiento de una masiva sustracción de un tipo de token, este rápidamente experimenta un decrecimiento en su valor, pues los usuarios pierden la confianza rápidamente. Por lo que la mayor parte de ataques o exploits<sup>[602]</sup> perpetrados por medio de DEX's siguen el patrón de realizar el intercambio o swap de monedas en menos de una hora después del ataque.

Este fue el *modus operandi* seguido por manipuladores hackers o *exploiters* en la sustracción de tokens de las plataformas AscendEX,<sup>[603]</sup> Qubit Finance<sup>[604]</sup> y Fortress Protocol.<sup>[605]</sup> En el caso de AscendEx, en diciembre de 2021 denunciaron la sustracción de más de 77 millones de dólares en cripto monedas a través de transacciones no autorizadas desde una de sus *hot wallets*.<sup>[606]</sup> Según la firma de seguridad informática Peckshield de esos 77 millones, eran de Ethereum 60 millones, Binance Smart Chain unos 9.2 millones y de Polygon unos 8.5 millones.<sup>[607]</sup>

Según Elliptic<sup>[608]</sup> los hackers solo se tomaron 50 minutos para cambiar 4.5 millones de dólares en Tethers y nueve minutos para intercambiar un millón más en la DEX's Curve.fi.

En el caso de Qubit Finance,<sup>[609]</sup> en solo tres minutos se desviaron y convirtieron más de 20 millones en tethers por ethers mediante los DEX's más conocidos como Curve.fi y Uniswap. Mientras que en el caso de Fortress Protocol los hackers convirtieron tres millones de tethers sustraídos y cambiados por DAI y ethers mediante la plataforma Uniswap.<sup>[610]</sup>

En el caso de Qubit Finance la manipulación, desvío de fondos o exploiting contrajo también el uso de puentes o bridges entre diversos tipos de blockchains para facilitar la conversión y consiguiente ofuscación del origen de los fondos como veremos en el siguiente apartado.

De estos y otros casos de sustracciones mediante ataques a la integridad de las plataformas de crypto trading, se estima que un 53% de los fondos ilícitos fueron directamente convertidos a través de dos DEX's muy conocidos como Curve y Uniswap. Le siguen en importancia Linch y Paraswap con el 27 y 8% aproximadamente de recepción de fondos ilícitos sustraídos e intercambiados por otros tokens.

Otro de los patrones observados en el intercambio o conversión de fondos ilícitos sustraídos consiste en que los atacantes fraccionan los montos intercambiados entre diferentes tokens. Siendo los principales Ethereum, renBTC y DAI los principales tokens obtenidos a partir de los intercambios.<sup>[611]</sup> Uno de los propósitos de este fraccionamiento no solo es el de potenciar la ofuscación de los movimientos ilícitos sino también la de obtener los mejores porcentajes de cambio de divisas entre paquetes de tokens<sup>[612]</sup> y la minimización del riesgo de incautación mediante diversificación.

### *4.3 Cross chain bridges o puentes inter-cadena*

O simplemente cadenas, se tratan de un tipo de servicios virtuales<sup>[613]</sup> o agregado de servicios y funcionalidades<sup>[614]</sup> que permiten intercambiar tokens de una red blockchain a tokens de otra, permitiendo a los desarrolladores dar paso a una nueva generación de actividades financieras descentralizadas basadas en multi redes de cadenas con fondos líquidos y creadores de mercados automatizados.<sup>[615]</sup>

La implementación de esta nueva forma de interoperabilidad entre redes blockchain proveerá un punto de inflexión para el desarrollo de los sistemas de distribución descentralizada de crypto activos, posibilitando nuevas transiciones hacia arquitecturas que potenciarán las facilidades por diferentes tipos de blockchains.<sup>[616]</sup>

En palabras simples este servicio permite cambiar un token por otro perteneciente a una blockchain diferente, accediendo al valor equivalente del token obtenido, tal como acontece con una operación de cambio de divisas tradicional. El recurso a esta técnica de conversión está estrechamente ligada al uso de DEX's pues estas aplicaciones generalmente se interconectan con otras blockchains para identificar mejores tasas de conversión a través de los denominados DEX's agregators.<sup>[617]</sup>

El origen de los fondos o tokens obtenidos mediante la adquisición proviene de un fondo almacenado y previamente obtenido de otras conversiones que la proveedora del servicio de puente mantiene acumulado y que se va liberando gradualmente a medida que fluctúa la demanda de intercambios. Este tipo de generación de cripto divisas para conversión se denomina "*lock and mint*" y constituye la operación más expuesta a manipulaciones y sustracciones, pues las acumulaciones de estos recursos se han vuelto presa fácil de hackers y *exploiters*.<sup>[618]</sup> Así, se estima que entre enero y julio de 2022 un total de 1.2 mil millones de dólares<sup>[619]</sup> en cripto activos fueron sustraídos a través de servicios de puente inter-cadena.

Volviendo al caso de *Qubit Finance*, en enero de 2022 un hacker atacó la plataforma que prestaba servicios de puente entre la red Ethereum y la de *Binance Smart Chain* (BSC). El atacante desvió recursos por valor de 185 millones de dólares en tokens de qXETH que se utilizaron para convertir por otros tokens como wETH (37.6 millones), BTC - B (28.5 millones) y otras *stablecoins* por valor de cinco millones de dólares.<sup>[620]</sup>

Según la firma de seguridad informática Certik<sup>[621]</sup> el atacante habría aprovechado la existencia de un error en el código del programa de Qubit Financer para infiltrar *inputs* maliciosos en su sistema engañándolo con el retiro de tokens en la red BSC por tokens de Ethereum cuando nadie había depositado ninguna colocación en esta última.

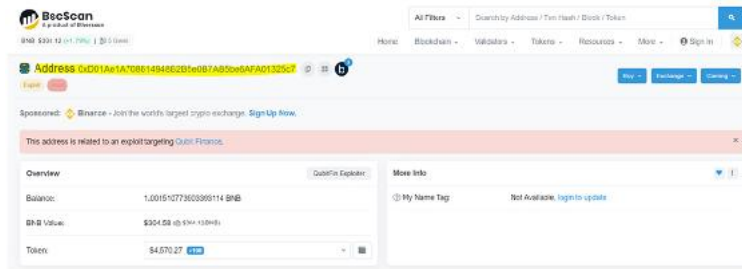


Figura 4. Identificación de la *address* de la cuenta del atacante en el caso Qubit Finance donde se expone el saldo actual, token y valor de cambio actual.

Fuente: Etherscan, <https://etherscan.io/address/0xeb31973e0febf3e3d7058234a5ebbae1ab4b8c23>

Gracias a la calidad registral del *ledger* público de Ethereum se puede ver en la actualidad la dirección de cuenta que el *exploiter* o atacante utilizó para sustraer los recursos de *Qubit Finance*. Dicha cuenta todavía exhibe una parte del saldo sustraído que no se pudo recuperar, pero lo mas importante puede determinarse las entradas y salidas del flujo de intercambios o swaps que el atacante perpetró con otras crypto monedas.

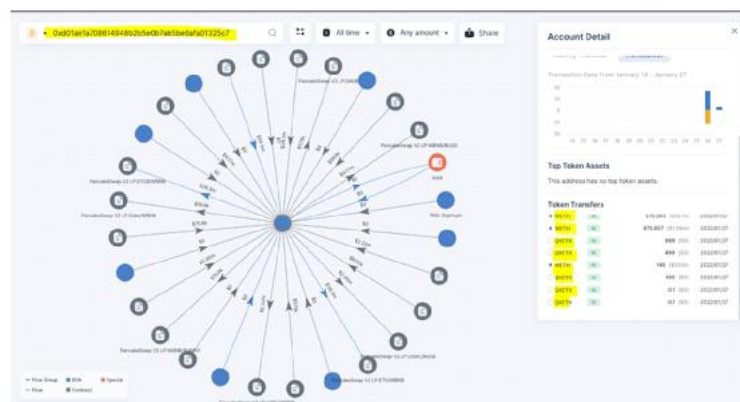


Figura 5. Esquema de infiltración y posterior sustracción de crypto monedas cometida por el atacante de *Qubit Finance*. En amarillo se subraya la dirección del atacante y los swaps inter cadenas de crypto monedas realizados

Fuente: <https://certik.medium.com/qubit-bridge-collapse-exploited-to-the-tune-of-80-million-a7ab9068e1a0>

Otros ataques de magnitud que demuestran el incremento criminológico de esta metodología de ciber crimen, fueron los de Avalanche blockchain, RARI Capital - Tornado Cash y Polynetwork.

En el caso de Polynetwork si bien los activos sustraídos fueron recuperados posteriormente, reportó uno de los ataques más nocivos mediante el uso de puentes inter cadenas pues se sustrajeron mas de 600 millones en cripto activos alterando los *smart contracts* que utiliza esta DEX para inter operar en las redes de Binance Smart Chain (BSC), Ethereum y Polygon blockchains.

Los atacantes se infiltraron en dos smart contracts administrados por Poly Network - EthCrossChainManager y EthCrossChainData - mediante los cuales se gestionaban los intercambios de cripto divisas requeridas por los usuarios. El segundo de estos smart - EthCrossChainData - contenía la lista de llaves de acceso a las billeteras que contenían los fondos dentro de Poly Network.<sup>[622]</sup> En palabras sencillas, fue como si el atacante hubiera accedido al usuario y contraseña de una cuenta bancaria a la que luego se le instruye hacer transferencias a otras cuentas.

La apropiación y desvío de los fondos fue posible desde el otro software *smart contract* operado por Poly, EthCrossChainManager, el cual hace efectiva la función de enviar comandos para ejecutar transacciones inter cadenas hacia el otro smart contract EthCrossChainData donde se encuentran las claves de acceso a los fondos gestionados por Poly. Este smart es quien libera los fondos de las billeteras. Esto es, el primero ordena y valida la transacción de puente inter cadenas, mientras que el segundo provee los fondos una vez se accedan a sus claves. De tal forma que el atacante se dio el modo para utilizar la función - `verifyHeaderAndExecuteTx` - procedente de

EthCrossChainManager que instruía al dispositivo o smart: EthCrossChainData a ejecutar la transacción requerida.[\[623\]](#)

Una vez ejecutada la función, el otro smart - EthCrossChainData - que contenía las claves de acceso al pool de fondos le dio acceso como un tenedor legítimo en la blockchain de Ethereum y por consiguiente activó las claves para retirar los fondos de la billetera de Poly hacia las instruidas por el atacante.[\[624\]](#) Luego el atacante repitió los mismos procedimientos para desviar los fondos de otras billeteras de la misma plataforma, Binance y Tether.

En las figuras 6 y 7 puede apreciarse como quedaron registrados los ataques realizados por el *exploiter* en las billeteras que Polynetwork tiene en Binance.



Overview	Internal Txns	Logs (2)	Comments
Transaction Hash	0x534966864bda354628d4f1c66db45cbefcdda7433e9576e7664fea01bb05be9a		
Status	Success		
Block	6906148 12722807 Block Confirmations		
Timestamp	446 days 7 hrs ago (Aug-10-2021 10:08:13 AM +UTC)		
From	0x035e298a/cct29d3d11ee979679b8933b32c71 (PolyNetwork Exploiter)		
To	Contract 2a70ea6715ab7ba880a95723bd959866caaf1c87b TRANSFER: 6.6134444980988981899 BNB From 0x272a2c309a8043695a4951... PolyNetwork Cpt		
Value	0 BNB (\$0.00)		
Transaction Fee	0.000648855 BNB (\$4.28)		
BNB Price	\$372.10 / BNB		

Figura 6. Registro de transacciones en la blockchain de Binance Smart Chain -BSC scan - donde se aprecia uno de los desvíos ocasionados por el exploitador de Poly Network, constando la billetera o address del atacante (en rojo) de donde supuestamente se ordena la transferencia (en azul) hacia una wallet del mismo atacante (en amarillo).

Fuente: <https://bscscan.com/tx/0x534966864bda354628d4f1c66db45cbefcdda7433e9576e7664fea01bb05be9a> BSCscan

Overview	Logs (3)	Comments
Transaction Hash	0xd59223a8cd2406cfd0563b16e06482b9a3efecfd896d590a3dba1042697de11a	
Status	<span>Success</span>	
Block	990932 1772072 Block Confirmation	
Timestamp	449 days / 753 ago (Aug 10-2021 10:08:55 AM +UTC)	
From	0x0ba285a71d75cb0d11a69756785e033c02c71 (PolyNetwork Explorer)	
Interacted With (To)	Contract 0x7c6a5714d8fb890a0723bd96b09ca15c375	
Tokens Transferred	<span>From 0x07ae6439b4b2b</span> <span>To PolyNetwork-Fuzi For 87,883,373.77488446925493791 (\$87,883,377.76)</span> <span>Reserve-Fuzi (12992)</span>	
Value	1 BNB (\$0.00)	
Transaction Fee	0.00012445 BNB (0.22)	
BNB Price	\$172.10 / BNB	

Figura 7. Registro de transacciones en BSC scan donde se aprecia otro de los desvíos ocasionados por el explotador de Poly Network, constando la billetera o address del atacante (en rojo) de donde supuestamente se ordena la transferencia de mas de 87 millones de dólares en BNB's (en azul) hacia una wallet del mismo atacante (en amarillo).

Fuente:BSCscan  
<https://bscscan.com/tx/0xd59223a8cd2406cfd0563b16e06482b9a3efecfd896d590a3dba1042697de11a>

Un interesante aspecto de experiencia en este caso fue la respuesta rápida de Poly Network quien al descubrir el ataque inmediatamente se adelantó en minutos a los atacantes y notificó a través de un simple tweet[625] a toda la red de mineros y otras *exchangers* tanto centralizadas como DEX's, sobre el ataque sufrido, haciendo pública la dirección de la billetera del *exploiter*, a fin de que todos se abstengan de recibir fondos provenientes de ese origen.





Figura 8. Post de twitter donde Poly Network denunciaba públicamente el ataque. Nótese el código de la dirección wallet del atacante es la misma que de las figuras 6 y 7

Fuente:

<https://twitter.com/PolyNetwork2/status/1425090228830842893>



Figura 9: Twitter de Poly Network solicitando al atacante devuelva el dinero sustraído

Fuente:

<https://twitter.com/PolyNetwork2/status/1425123153009803267>

Otra acción decisiva vendría ejecutada por Tether<sup>[626]</sup> quien congeló parte de los fondos sustraídos que se encontraban en ese token, impidiendo su transferencia a otros DEX's como Curve. Luego la misma Poly Network solicitaría públicamente mediante Twitter la devolución de los valores sustraídos tal como muestra la figura 9. Algunas firmas de seguridad como Slowmist publicaron hallazgos y datos sobre el atacante, tales como su identidad, email, IP address, y otros datos.<sup>[627]</sup>

No se sabe hasta ahora cual fue el motivo por el cual finalmente el atacante empezó a devolver los fondos a Polynetwork, aunque es muy probable que la rápida publicidad de la sustracción, junto con la facilidad de registro de toda operación blockchain y la inmediata intervención no solo de mecanismos de congelamiento de fondos como el de Tether, pudieron jugar un rol fundamental en el desistimiento.

## V. Conclusiones

1. La criminalidad económica con cripto activos es un fenómeno en rápida mutación, fluctuando a la par de las innovaciones tecnológicas en la blockchain sin que todavía puedan vislumbrarse a ciencia cierta todos sus contornos definitivos. Si bien, en comparación con la criminalidad económica usual, la cripto criminalidad presenta volúmenes reducidos, la heterogeneidad de sus métodos criminales, presenta una amenaza cualitativa a los mercados y sistemas de distribución del capital de intangibles.

Una amenaza o daño cualitativo como la que representa la cripto criminalidad, si bien no se refiere a la magnitud o intensidad de una lesión antijurídica en el sentido usual, si puede representar un menoscabo igual o mas grave en las percepciones sociales subjetivas que apuntalan la oferta y demanda en los mercados de valores y capitales. En base a

esto último, penden la credibilidad del sistema financiero, estabilidad de precios e integridad de los sistemas de control y compliance.<sup>[628]</sup>

De ahí que en el derecho penal económico, la cripto criminalidad implica que la afectación o puesta en peligro de los bienes o intereses jurídicos, se va haciendo cada vez más probabilística, especulativa y por consiguiente, cada vez mas sujeta a las mismas burbujas o pánicos que detonan las crisis económicas, las cuales si se presentan como fenómenos absolutamente objetivos.

2. Lo anterior explica porque en el Derecho Penal económico la tipificación de conductas cada vez responde a un patrón de actividad riesgosa e imprudente que detona probabilidades de volatilidad, especulación o pánico financiero, diferente al patrón usual de comportamiento desencadenante de un resultado lesivo.<sup>[629]</sup>

3. Si bien el carácter público y de fuente abierta de las blockchains mas conocidas, permite acceder al trazado del origen y destino de los cripto activos, incluso en forma más fácil que el dinero fiat, la preferencia por la conversión a cripto activos como el Bitcoin o Ethereum se mantiene por sobre otras cripto monedas realmente anónimas como Monero. Esto a raíz de que las primeras mantienen una mayor cotización y aceptación en el mercado, a pesar de su extrema volatilidad, continúan siendo de preferencia criminal puesto que confieren mayores estimaciones de valor que las cripto monedas de potenciamiento anónimo.

4. La reciente puesta en escena de nuevas innovaciones en la blockchain como los NFT's y el swap de tokens de origen ilícito inter cadenas hace difícil aventurarse en especulaciones sobre el curso que puede tomar estas prácticas en la cripto criminalidad. No obstante una lógica común y los datos de años recientes permiten vislumbrar un incremento de la actividad delictiva mediante cripto activos de potenciamiento anónimo, brokers no regulados u OTC's, ahora potenciados con *smart contracts* o DEX's, los

cuales no precisan de ningún intermediario sujeto a normas de control KYC.<sup>[630]</sup>

5. La acción conjunta o coordinada de las fuerzas de seguridad tanto públicas como privadas tanto en la prevención y represión de la cripto criminalidad, se muestra cada vez más importantes en la medida que la innovación tecnológica que provee la dinámica de las organizaciones privadas, resulta en un complemento necesario para las acciones ejercidas por los organismos públicos. Así, casos como la acción tomada por *Tether* para incautar los fondos sustraídos a Poly Network, la cooperación brindada por Chainalysis a la NHTCU de Países Bajos en el despliegue de operaciones encubiertas para incautar fondos provenientes de la Darwkeb mediante el uso de herramientas como el “reactor” provisto por la primera, demuestran la necesidad de estas alianzas tecnológicas en la represión de la cripto criminalidad.

6. Finalmente la necesidad de regular y controlar los *smart contracts* que directamente operan como OTC’s no regulados resultan en una pequeña muestra de los retos que todavía están pendientes en la reciente lucha contra este tipo de criminalidad y en el creciente y agresivo mercado blockchain. Un mercado que como manifestó el director de la Securities Exchange Comission SEC<sup>[631]</sup> a propósito de los mensajes posteados por Poly Network a sus atacantes en twitter, todavía se encuentra en la fase del “lejano oeste”.

# LOS DESAFÍOS DE LA NUEVA ERA: LA PARTICIPACIÓN DEL *TRADER* EN OPERACIONES CON MONEDAS DIGITALES

Facundo Nicolás Laico\*  
Agustina Fiori\*\*

## I. Introducción

Los esfuerzos por combatir el crimen organizado han crecido de forma indudable, motivado por la preocupación de la comunidad internacional de luchar contra este tipo de delincuencia organizada. Ello se ha visto favorecido por el desarrollo constante de la tecnología que ofrece nuevas formas de coordinación entre las autoridades, cooperación y técnicas de investigación criminal<sup>[632]</sup>.

De todas formas, si bien los intentos por combatir el crimen organizado a nivel internacional son cada vez mayores, la evolución imparable de las tecnologías también es aprovechada por las organizaciones delictivas.

En este contexto, se destaca la irrupción de la utilización de monedas digitales en tanto nueva herramienta tecnológica que permite el intercambio de bienes y servicios por este medio, sin la intervención estatal.

La apariencia de un mayor anonimato, su alcance global, la carencia de regulación en la materia, la facilidad para realizar transacciones internacionales, la posibilidad de

utilización de *mixers*<sup>[633]</sup>, entre otras características del sistema, provocan que sean elegidas por organizaciones criminales, no solo como forma de inversión o concreción de operaciones, sino también para su utilización en distintos tramos de la actividad delictiva.

En este contexto, el mundo de las criptomonedas parece brindar la posibilidad, no solo de mantener a salvo los fondos obtenidos de actividades ilícitas, sino también de eventualmente disponer de aquellas ganancias en espacios diferentes de aquellos donde se produjeron los delitos. Al mismo tiempo, dificultan la posibilidad de acceder al decomiso o llevar a cabo medidas cautelares por parte de los órganos estatales encargados de la persecución penal. Es así que, el crimen organizado ha encontrado una salida útil y llamativa en el mundo de las monedas digitales.

En este contexto, cabe poner de resalto que, a la complejidad de la investigación de las maniobras de lavado de dinero, y a las discusiones y debates en cuanto a criterios conceptuales que surgieron desde la irrupción de este tipo penal y su criminalización por parte de la comunidad internacional, se suma este tercer aspecto vinculado con las maniobras que involucran monedas virtuales, que desafía a los estudiosos de la temática.

El presente trabajo pretende abordar la temática desde un enfoque novedoso y necesario, brindando un aporte que incluya el estudio de las conductas relacionadas con aquellos sujetos que intervienen en el ámbito de las criptomonedas. Para lograr aquel objetivo, se partirá de un caso en concreto para analizar, desde el derecho positivo vigente en la Argentina, algunos de los diversos interrogantes con los que los operadores jurídicos podrían encontrarse frente a una investigación en la materia.

## **II. Consideraciones preliminares y presentación del caso**

El presente trabajo se propone analizar el delito de lavado de activos bajo la óptica de operaciones en las que intervienen sujetos como *traders* en las transacciones vinculadas con monedas digitales.

Para ello, corresponde destacar en primer lugar, que el tipo de lavado de activos se encuentra actualmente regulado en el Código Penal bajo el Título XIII, Libro Segundo, en el marco del cual se ubican los delitos contra el orden económico y financiero. Si bien esta no fue la ubicación sistemática que el legislador le había otorgado a este delito al momento de incorporarlo en nuestro código de fondo<sup>[634]</sup>, hoy en día, es el artículo 303 dentro del título aludido del Código Penal, el que regula el delito de lavado de activos, sus agravantes, el delito de lavado menor, y receptación intermedia.

Así, se destaca que mediante el inciso 1 del artículo 303 del Código Penal de la Nación, se castiga a quien:

*“...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...”*<sup>[635]</sup>.

De otro lado, se destaca que por *trader* de criptomonedas se denomina a aquellas personas que operan en el mercado financiero, cuya actividad comercial consta de vender y comprar monedas digitales, obteniendo una ganancia a cambio<sup>[636]</sup>. De esta manera, podría afirmarse que funcionan como nexo entre el mundo virtual y el mundo real.

Habiendo delineado el tipo penal y el rol del *trader* que aquí se pretende abordar, se propone en este punto partir de un caso supuesto, que funcione como disparador a fin de

efectuar ciertas consideraciones y reflexiones que giran en torno a este delito. En particular, se plantea una situación hipotética en la que nos encontramos frente a una organización criminal internacional, que se dedica a la comisión de diversos ilícitos a partir de los cuales obtiene numerosas ganancias que son utilizadas para la adquisición de monedas virtuales almacenadas en una billetera virtual. Con posterioridad, se solicita la intervención de un *trader*, quien, si bien no participa, tiene conocimiento de la actividad delictiva de la organización. En el marco de su actividad, la organización le transfiere monedas digitales, y a cambio de una comisión, el *trader* procede a la entrega de dinero en efectivo a miembros de aquella y de ese modo le otorga la posibilidad de disponer del dinero en un lugar geográfico diferente del que se obtuvo la ganancia del delito.

### **III. Análisis desde la perspectiva del lavado de activos**

Planteado el caso bajo estudio, corresponde en este punto preguntarnos, ¿Podríamos encontrarnos ante una maniobra de lavado de activos? Si bien es una pregunta que en apariencia pareciera ser sencilla, lo cierto es que, cuando se analiza la situación fáctica desde la óptica del tipo penal, se podría arribar a soluciones disímiles.

A fin de intentar dar respuesta al interrogante planteado, debemos en primer lugar, partir de la base de que *“El concepto de lavado de dinero implica darle apariencia lícita al dinero obtenido de manera ilícita”* [\[637\]](#).

Así, para que un hecho pueda encuadrarse como una maniobra de lavado de activos, resulta indispensable el despliegue de una conducta tendiente a brindarle apariencia lícita a los bienes que fueron obtenidos a raíz de un ilícito penal. Ello, toda vez que el tipo penal



expresamente exige para su configuración que la conducta lleve consigo “...la consecuencia posible de que el origen de los bienes originarios o los subrogantes adquieran la apariencia de un origen lícito...” [638].

De la lectura del artículo citado surge que el legislador formuló el delito de lavado de activos como un delito de peligro concreto. Es decir que, al incorporarse a la letra de la ley la expresión “consecuencia posible”, no se requiere para la configuración del tipo penal que los bienes contaminados hayan efectivamente adquirido apariencia de origen lícito, sino que basta con que se haya creado la posibilidad de que ello suceda [639].

Con relación a lo afirmado, no debe olvidarse que, ya desde los antecedentes parlamentarios de la ley 25.246 (B.O. 5/05/2000), se desprende a todas luces que el comportamiento que tuvo en miras el legislador al momento de tipificar el delito en trato fue el del desarrollo de una maniobra en virtud de la cual se pretende “lavar” los bienes denominados “sucios”, a fin de que parezcan “bienes limpios”. Ello se desprende de la lectura de los mismos antecedentes en cuanto se indicó que:

*“...La expresión, proveniente de otros idiomas, apunta al hecho de que en la operación de lavado un cliente llega con ‘dinero sucio’ a un banco u otro organismo apto para el lavado, y sale de allí con los ‘bienes limpios’; del mismo modo que el cliente de una lavandería de barrio llega con ropa sucia y se la lleva limpia. La expresión ‘lavado’ puede parecer poco elegante, mucho más así la de ‘dinero sucio’, pero es altamente ilustrativa y certera...” [640].*

Sentado ello, en la praxis jurídica se observa que no siempre se exigen los mismos estándares al momento de analizar si una conducta tuvo por finalidad la incorporación de bienes ilícitos en el mercado, simulando su origen ilegal.

En una primera aproximación, cabe traer a colación el fallo dictado por el Tribunal Oral Federal de Bahía Blanca en fecha 4 de noviembre de 2021, en el famoso caso que ha sido llamado “Bobinas Blancas”, en el marco del cual se investigaba a una organización criminal que fabricaba droga en la Argentina para luego exportarla a Europa camuflada en bobinas de acero<sup>[641]</sup>.

En aquella oportunidad, el Tribunal mencionado condenó a seis personas -entre coautores y partícipes secundarios- por el delito de almacenamiento ilegal de estupefacientes agravado, y a una persona - en adelante, el *trader*- como coautor del delito de lavado de activos (arts. 303 inc. 1 y 5 del C.P.).

La situación de este último es la que se pretende analizar en este trabajo, dada su similitud con el caso hipotético planteado. Así, en lo que aquí interesa, se destaca que, al momento de reconstruir la actividad comercial desempeñada por este, el Tribunal indicó que, al momento de los hechos investigados, era comerciante/*trader* de criptomonedas, tratándose de “*una persona que compra y/o vende esa u otra criptomoneda por dinero en efectivo, sobre una base comercial, por su propia cuenta y riesgo*”.

En virtud de ello, el aludido cobraba una comisión que resultaba calculada sobre la base de la comisión del Exchange.

Es en el marco de aquella actividad que le fueron imputados cinco hechos consistentes en la entrega de dólares a miembros de una organización dedicada al tráfico internacional de estupefacientes, hechos en virtud de los cuales recibió una condena de cinco años de prisión como autor penalmente responsable del delito de lavado de activos (art. 303 inc. 1 y 5 C.P.).

Para arribar a aquella decisión, el Tribunal realizó un pormenorizado análisis de las comunicaciones que el *trader* había entablado con miembros de la organización, declaraciones testimoniales, cuadernos contables, planillas

de Excel, entre otros elementos probatorios, que permitieron dar cuenta de los encuentros que este habría mantenido con aquellos, a fin de proceder a la entrega del dinero fiduciario a cambio de la adquisición de criptomonedas -específicamente, Bitcoins-.

En concreto, se explica en el fallo citado que:

*“...La metodología era como lo expusieron los acusadores: primero Lic. llamaba [al trader] por Signal, le enviaba bitcoins que [el trader] convertía en moneda fiduciaria (moneda que deriva su valor de la regulación o ley del gobierno, en el caso, dólares) y la entregaba a otras personas de la organización aquí en Argentina. Para hacer esa entrega, coordinaban un encuentro intercambiando mensajes por sms o llamadas...”*

Asimismo, para tener por acreditado el elemento subjetivo, el Tribunal tuvo en cuenta la forma en la que se entablaron las comunicaciones entre el *trader* y la organización criminal (la utilización de sobrenombres, de diferentes números de teléfono en cortos períodos de tiempo, entre otros factores), la frecuencia de los encuentros, el resguardo de la identidad de los miembros de la organización, entre otras cuestiones que se diferenciaban ampliamente de su forma de proceder para con otros clientes.

De esta forma, con los elementos reunidos en aquellas actuaciones, se estimó alcanzado el grado de certeza suficiente para condenar al *trader* por el delito de lavado de activos. En miras a justificar el encuadre de las conductas desplegadas por el *trader* en el tipo mencionado, el Tribunal indicó que:

*“...La conducta fue idónea para dar apariencia de licitud a la portabilidad del dinero desde que la legitimidad de los bienes que circulan en la*

*economía se presume, máxime tratándose de dinero...”*

Ahora bien, si bien continúa indicando que:

*“...Una conclusión contraria prescindiría de las constancias de la causa donde surge —tal como se explicó en el análisis de la plataforma fáctica— el entramado de personas jurídicas así como físicas que prestaban el nombre para realizar las compras que involucraban valores que pudieran llamar la atención, reduciendo el riesgo de detección...”*

lo cierto es que, si bien se estimó probado que la entrega de los dólares fue en contrapartida del envío de la criptomoneda, no fue acreditado el registro de las operaciones en la *blockchain*. Al respecto, señaló el Tribunal que:

*“...si bien esta maniobra dejó rastros de las operaciones en el mundo digital, la falta de prueba respecto a este tramo de la operación no incide para la acreditación del tramo o fase en el que intervino [el trader] pues, el contexto de los encuentros y las razones de ellos fue aportada por él mismo: tenían que ver exclusivamente con la actividad comercial que prestaba (trader o comerciante de criptomoneda). Que la contrapartida del dinero entregado fue el envío de criptomoneda resulta del propio intercambio de mensajes y comunicaciones (‘un poco más para hoy’, ‘estoy esperando un envío del Licenciado’, entre otras)...”*

De esta forma, de la lectura del fallo se desprende que se tuvo por configurado el delito de lavado de activos -el que fue imputado al *trader* a título de autor- entendiendo que el hecho de que aquél haya actuado como plataforma de

salida en el intercambio de criptomonedas por dinero en efectivo, configuró una maniobra suficiente para intentar dar apariencia de licitud a los fondos obtenidos a raíz de las conductas investigadas.

Para solventar la postura adoptada, el Tribunal arguyó que se había probado en autos la utilización de un entramado de personas jurídicas y físicas como prestanombres para realizar operaciones de compras y que el *trader*, al proceder a la adquisición de los *Bitcoins*, “...realizó una nueva ‘capa’ de transacciones al modificar el registro de la transacción en la *blockchain*, modificando la cadena de propiedad y distanciándola de su origen...”.

Sobre estas dos últimas cuestiones, se entiende necesario efectuar ciertas consideraciones. En primer lugar, como se apuntó anteriormente, el registro de las operaciones en la *blockchain* no pudo ser probado, motivo por el cual, consecuentemente, no resulta posible acreditar la utilización de prestanombres para la adquisición de las monedas virtuales que fueron luego vendidas al *trader*.

Asimismo, si bien el Tribunal agrega que el *trader* habría incorporado una nueva “capa” de transacciones al comprar los *Bitcoins* en cuestión, conducta que habría favorecido el distanciamiento de los fondos de su origen, lo cierto es que aquella modificación en el registro de la transacción resulta una consecuencia de las operaciones con criptoactivos.

Como correlato, se vislumbra de la lectura del citado fallo que finalmente el reproche penal recaído sobre el *trader* radicó en la entrega de dinero fiduciario que este realizó a la organización criminal, entrega que se presumió fue a cambio de la compra de *Bitcoins*. Este proceder fue considerado idóneo para brindar apariencia de legalidad a los fondos, desde que el Tribunal consideró que “*la legitimidad de los bienes que circulan en la economía se presume*”.

Ahora bien, a esta altura del análisis y a fin de encuadrar el caso bajo estudio del presente trabajo, cabría preguntarse, ¿Posee esta conducta una entidad suficiente

para afirmar que fue dirigida a brindar apariencia lícita a los fondos obtenidos por la organización criminal?

Al respecto, se entiende necesario tener en consideración que el hecho de que el texto legal disponga “*con la consecuencia posible de que el origen de los bienes originarios o los subrogantes adquieran la apariencia de un origen lícito*” y, por consiguiente, no exija el éxito en darles apariencia lícita a los bienes, no obsta a que la acción típica de este delito sea aplicar de cualquier modo bienes ilícitos en una operación que pudiera brindarles apariencia de origen lícito.

En consonancia con ello, ha sostenido el Dr. Fernando Córdoba que:

*“...El tipo no se satisface con la realización de cualquier acción que produzca el resultado típico, esto es, la posibilidad de que los bienes adquieran apariencia de origen lícito. Por el contrario, la acción típica requiere que el autor emplee, que utilice los bienes (“su aplicación”) en una operación que podría tener ese efecto.”* [\[642\]](#)

Así las cosas, explica el autor aludido que no cumplirían con los parámetros exigidos por la acción típica, los actos meramente materiales de ocultamiento o disimulación de un bien o de su origen ilícito, a pesar de que tuvieran aptitud suficiente para darle apariencia de un origen lícito [\[643\]](#).

En la misma línea, ha sostenido el Dr. Trovato que:

*“En aquello que pretendo central lo disvalioso del tipo penal previsto por el 303 Cód. Penal es que debe tratarse de una maniobra de maquillaje que permita, como consecuencia posible, que el autor del hecho precedente pueda mostrar a la sociedad que obtuvo su dinero ejerciendo una actividad lícita, cuando en verdad no fue así...”* [\[644\]](#).

Es decir que, para este autor, no cualquier operación constituye lavado de dinero, sino que indefectiblemente esta debe estar dirigida a dar apariencia de legalidad a los bienes de origen ilícito. Por lo tanto, el sujeto activo debe realizar una maniobra cuyo objetivo sea el de aparentar que obtuvo aquellos bienes ejerciendo una actividad lícita, cuando lejos estaba de así serlo.

Por su parte, el Dr. Cesano ha entendido que:

*“...para que las acciones constitutivas puedan considerarse típicas, deberá demostrarse, por un lado, la idoneidad de ellas para producir la posibilidad de que los bienes adquieran una nueva apariencia, y, por otro, que dicha apariencia tenga aptitud bastante para disimular la procedencia ilícita de los bienes que se reciclan...”* [645].

En consecuencia:

*“La incorporación e integración demanda una acción financiera compleja, sofisticada e inteligente destinada a introducir, de manera disimulada, bienes de origen ilícito al sistema económico formal, con la finalidad de que adquieran apariencia de obtención lícita para su aprovechamiento normal”* [646].

Es decir que, no basta cualquier operación que involucre bienes que hayan sido obtenidos a raíz de una actividad ilícita, si no que para tener por configurado el tipo penal de lavado de activos, resulta indispensable el despliegue de una maniobra que tenga capacidad para disfrazar el origen “sucio” de los fondos [647].

Sentado ello, cabría entonces preguntarse si estos parámetros se encuentran presentes en el caso planteado, en donde una organización criminal internacional, que se

dedica a la comisión de diversos ilícitos, obtiene ganancias que son utilizadas para la adquisición de monedas virtuales almacenadas en una billetera virtual, para luego, mediante la intervención de un *trader* adquirir dinero en efectivo.

#### **IV. ¿Es correcto afirmar que la operación pretendió brindar apariencia lícita al dinero obtenido ilegalmente?**

A fin dar respuesta a este interrogante, cabe precisar ciertas cuestiones que giran en torno a la utilización de criptomonedas por parte de las organizaciones criminales internacionales.

Es indudable que la irrupción de las criptomonedas y su desarrollo resultaron atractivas para el mercado financiero en virtud de la celeridad que otorgan a la hora de realizar una transacción de elementos de valor, la inexistencia de intermediarios, la descentralización, entre otras.

A raíz de su aparición, de la falta de conocimiento al respecto y de su desregulación, las criptomonedas, generaron que rápidamente sean utilizadas por organizaciones criminales que vieron, en su incipiente inicio, características que les otorgaron ventajas para disponer de fondos, trasladarlos y dificultar la posibilidad de que sean rastreados.

Estas circunstancias fueron advertidas por entidades de regulación financiera, instituciones dedicadas a la prevención del delito, y otras organizaciones públicas y privadas, tanto nacionales como internacionales, que a lo largo de los años comenzaron a tomar diferentes medidas al respecto.

En ese sentido, cabe destacar que el Grupo de Acción Financiera Internacional, en su Recomendación N° 15 (actualizada en 2018) hizo hincapié en las nuevas tecnologías y sostuvo que:



*“...los países y las instituciones financieras deben identificar y evaluar los riesgos de lavado de activos financiamiento del terrorismo que pudieran surgir con respecto a...el uso de nuevas tecnologías o tecnologías en desarrollo para productos tanto nuevos como los existentes... Para gestionar y mitigar los riesgos que surjan de los activos virtuales, los países deben garantizar que los proveedores de servicios de activos virtuales estén regulados para propósitos ALA/CFT, y tengan licencia o registro y estén sujetos a sistemas de monitorea efectivo y asegurar el cumplimiento de las medidas relevantes requeridos en las Recomendaciones del GAFI...”* [\[648\]](#).

A nivel nacional, la Unidad de Información Financiera se pronunció, por primera vez al respecto, a través de la Resolución 300/2014[\[649\]](#), de la que surge que los sujetos obligados:

*“...deberán prestar especial atención al riesgo que implican las operaciones efectuadas con monedas virtuales y establecer un seguimiento reforzado respecto de estas operaciones, evaluando que se ajusten al perfil del cliente que las realiza, de conformidad con la política de conocimiento del cliente que hayan implementado...”*.

A su vez, dio una definición de lo que serían consideradas monedas virtuales para el organismo, entendiendo a las mismas como:

*“...la representación digital de valor que puede ser objeto de comercio digital y cuyas funciones son la de constituir un medio de intercambio, y/o una unidad de cuenta, y/o una reserva de valor, pero que*

*no tienen curso legal, ni se emiten, ni se encuentran garantizadas por ningún país o jurisdicción. En este sentido las monedas virtuales se diferencian del dinero electrónico, que es un mecanismo para transferir digitalmente monedas fiduciarias, es decir, mediante el cual se transfieren electrónicamente monedas que tienen curso legal en algún país o jurisdicción...”*

Finalmente, incluyó a todas las operaciones efectuadas con monedas virtuales entre aquellas que los Sujetos Obligados enumerados en los incisos 1, 2, 3, 4, 5, 7, 8, 9, 11, 12, 13, 18, 19, 20, 21, 22 y 23 del artículo 20 de la Ley N° 25.246 se encuentran obligados a informar. Posteriormente en mayo del año 2020 la UIF emitió un comunicado recordando a los sujetos obligados de su mandato de cumplir con los alcances de esa resolución.

Por su parte, el Banco Central de la República Argentina y la Comisión Nacional de Valores, advirtieron al público en general sobre los riesgos vinculados a las operaciones realizadas con cripto activos<sup>[650]</sup>.

Las circunstancias descriptas precedentemente provocaron que las transacciones que se realicen a través de activos digitales generen alertas en los operadores jurídicos y se vinculen automáticamente al lavado de dinero. Es cierto que las monedas virtuales pueden ser empleadas por las organizaciones criminales internacionales para disfrazar el dinero que obtuvieron producto de su actividad ilícita. Ahora bien, su mera utilización por parte de la criminalidad organizada no constituye *per se* la figura de lavado de activos.

Para avalar dicha afirmación, cabe observar que, mientras que en el año 2019 se registró el porcentaje máximo de volumen de provenientes de fondos ilícitos, ascendiendo a 3,37%, durante el año 2020 se observó un notable descenso, alcanzando el 0,62% del total de las transacciones. Asimismo, durante el 2021 el porcentaje

continuó a la baja, tocando su punto histórico de 0,15%<sup>[651]</sup>. Estas estadísticas, permiten afirmar que es cierto que las criptomonedas son utilizadas con fines espurios, pero al mismo tiempo permiten sostener que no todas las operaciones que se realizan ocurren con tal finalidad, sino que, por el contrario, el volumen de operaciones vinculadas con fondos lícitos aumenta cada año.

En tal sentido, corresponde analizar cada caso y distinguir entre aquellos que pueden constituir maniobras de lavado, de aquellos que no.

A tal fin, resulta útil considerar algunos conceptos vinculados con las transacciones que involucran criptomonedas.

Resulta relevante destacar que las operaciones de monedas digitales se encuentran apoyadas en una cadena de bloques denominada *Blockchain*, cuyos datos contenidos son prácticamente imposible de alterar. Al respecto, señala Skalary que:

*“...La cadena funciona como un programa (software) que se ejecuta sobre determinados equipos (hardware) que constituyen, a fin de explicar el funcionamiento de la blockchain, los llamados ‘nodos’ del sistema, las terminales físicas sobre las cuales funciona, se asienta o corre la cadena. Lo peculiar es que todos los bloques que componen la cadena, a medida que se agregan, se almacenan en forma simultánea en cada nodo, lo que equivale a decir que cada nodo tiene una copia entera de la cadena. Con ello se evita, en primer lugar, la concentración de la cadena en nodos (individuos) determinados y se logra que la cadena esté distribuida y garantizada por todos los nodos por igual, realidad que se conoce como neutralidad de la red. A su vez, la red es concebida como una ‘red entre pares’ (en inglés peer-to-peer y abreviado con el acrónimo ‘P2P’, usuario a usuario) que*

*funciona por consenso de todos sus miembros...”*

[652].

En este punto, adquiere relevancia el hecho de que la cadena puede ser visible y auditable por todos[653], ya que esta característica permite que los registros de cada una de las transacciones que se realizan estén disponibles y, en consecuencia, pueda revisarse todas y cada una de las transacciones realizadas en la *blockchain*. En consecuencia, tal como sostiene el Dr. Blanco: “...Es por tal motivo que se afirma que la red Bitcoin no ofrece anonimato sino ‘pseudoanonimato’...”[654].

Por tal motivo, una vez que se logra conocer (o reconocer) a quién pertenece el pseudónimo que utiliza una persona en la red, se logra acceder de manera inmediata y pública a la totalidad de las transacciones que hubieran realizado. En consecuencia, quien conozca la identidad detrás de ella, podrá rastrear todas las operaciones realizadas.

Actualmente, a través de herramientas de manejo de datos y clasificación de información se logran establecer patrones que permiten “desanonimizar” usuarios de criptomonedas[655]. Estas tareas obtienen un grado de complejidad elevado cuanto mayor sea la cantidad de movimientos, la variación de montos y la intervención de una mayor cantidad de usuarios al realizar movimientos en la cadena de bloques. Sin perjuicio de ello, y sin desconocer los desafíos que presenta la necesidad de la utilización de este tipo de herramientas de investigación, lo cierto es que resulta posible llevar a cabo un rastreo para identificar a los sujetos que han operado en la red de transacción de las monedas digitales[656].

Sentado ello, en este punto cabe entonces reflexionar en torno a si, la operación de *trading* de criptomonedas a cambio de dinero en efectivo -conforme el caso planteado- podría ser considerada lavado de dinero en los términos del art. 303 del Código Penal. Al respecto, se observa que la

mera venta de monedas digitales -obtenidas a raíz de ganancias ilícitas- por dinero en efectivo a cambio, difícilmente podría constituir una maniobra de lavado de activos.

Teniendo en consideración la trazabilidad de las operaciones con monedas digitales en la *blockchain*, resulta accesible detectar el recorrido y flujo de los fondos. En consecuencia, si partimos de la base de que el tipo penal de lavado de activos requiere que la conducta tenga por finalidad brindar apariencia lícita a los fondos obtenidos ilegalmente, no nos encontraríamos ante una maniobra idónea para lograr aquel cometido. Ello, toda vez que se trata de operaciones que, con las herramientas necesarias, pueden ser rastreadas fácilmente. De este modo, al analizarse la trazabilidad de las operaciones, puede advertirse que las mismas se iniciaron a raíz de ganancias provenientes de un ilícito. Es decir que, lo único que se observa, es el movimiento de fondos ilícitos de un lugar a otro: en un primer momento se obtienen fondos ilícitos a través de los cuales se adquieren monedas digitales; con posterioridad, se lleva a cabo una transacción de venta de esas monedas digitales con la intervención de un *trader*, para disponer de dinero en efectivo cuya procedencia sigue sin poder justificarse.

De ese modo, no se vislumbra en el caso una maniobra con un despliegue de la entidad necesaria para que exista la posibilidad de brindarle apariencia lícita a los bienes, desde que el flujo de fondos ilegítimo resulta ostensible.

Así las cosas, se concluye que el hecho de que la organización criminal proceda a la venta de criptomonedas a fin de contar con dinero fiduciario -ya sea en el mismo Estado en el que las adquirió o en otro-, no constituye por sí misma una maniobra que pueda otorgarle apariencia lícita a los fondos, y, en consecuencia, no podría ser encuadrada bajo el tipo penal de lavado de activos.

Como correlato de lo expuesto, debería descartarse la imputación al *trader* a título de autor del delito de lavado

de activos, en tanto los sucesos reseñados no satisfacen las características descritas por la formulación legal, en tanto los bienes no logran adquirir la apariencia de origen lícito.

## V. Tipo penal subyacente

En los apartados precedentes, se analizó la posibilidad de encuadrar el caso en estudio bajo las previsiones de delito de lavado de activos y se pretendió demostrar que resulta forzado circunscribir la conducta del *trader* de criptomonedas en ese tipo penal. Sin embargo, subyace una intuición en quien analice la conducta de aquella persona que se ocupa de facilitar el acceso al dinero que se obtuvo como ganancia ilícita por parte de una organización criminal, que interpela al lector a considerar que no se trata de una conducta inocua.

Difícilmente podríamos considerar que realiza una actividad lícita aquella persona dedicada a la intermediación en el mercado de las criptomonedas, que toma como cliente a una organización dedicada al delito transnacional y conociendo los pormenores de la actividad que realizó esta organización en el pasado -sin su colaboración-, acepta entregar dinero en efectivo a cambio de la adquisición de la moneda digital, cobrando una comisión por ello. En este contexto, cabría analizar si subsiste otro encuadre legal en el que pueda enmarcarse la intervención del *trader*.

Este apartado se ocupará de ello y, para hacerlo, es necesario abordar un tipo penal que, cuando comenzó a desarrollarse la dogmática relacionada con el lavado de activos, estuvo estrechamente vinculado, pero que con el desarrollo posterior en la materia se fue dejando de lado, ya que la mayoría de la doctrina especializada se ocupó casi con exclusividad al análisis del tipo penal mencionado<sup>[657]</sup>. Puntualmente, se hace referencia al delito de encubrimiento por favorecimiento real.

En el Código Penal Argentino, este delito está contemplado en el artículo 277, apartado 1, que establece lo siguiente:

*“Será reprimido con prisión de seis (6) meses a tres (3) años el que, tras la comisión de un delito ejecutado por otro, en el que no hubiera participado:”* y entre los incisos, se considera que aplica al caso en estudio el “e”, que tipifica la conducta de quien: *“... e) Asegurar o ayudar al autor o partícipe a asegurar el producto o provecho del delito.”*

Bajo la órbita de este tipo penal, resulta pacífica la doctrina nacional que, con atino, considera que este inciso tipifica al favorecimiento real<sup>[658]</sup>, que consiste en la ayuda que se presta a quien participa de un delito para asegurarle o ayudarlo a asegurar los beneficios ilegítimos que obtuvo a través del delito en el que participó. De esa manera, se dificulta la tarea de la administración de justicia, dado que se dificulta o impide el decomiso de los beneficios obtenidos por la comisión del delito. En consecuencia, se considera que el tipo penal mencionado intenta impedir el disfrute del producido del delito.

Resultan clara las palabras del profesor Basílico, quien señala con claridad que:

*“...En este caso, el encubridor presta la colaboración necesaria sobre las cosas para que el autor del delito previo pueda sacar provecho de lo obtenido mediante el ilícito que cometió...”*<sup>[659]</sup>.

En consecuencia, es claro que el bien jurídico que se busca proteger con el favorecimiento real es la administración de justicia que se ve impedida de acceder a los beneficios obtenidos por el delito para aplicar su decomiso como pena <sup>[660]</sup>.

En el caso analizado el *trader* recibe una transferencia de monedas digitales -conociendo que las mismas fueron obtenidas a raíz de la comisión de un delito-, y entrega dinero en efectivo a otra persona en un lugar geográfico diferente. Como se fue desarrollando a lo largo del trabajo, la actividad que realiza no busca (ni logra) darle apariencia de licitud a ese dinero ya que no se realizó ninguna maniobra que permita considerar que provienen de una fuente diferente a la que lo produjo, esto es: una transferencia de criptomonedas (obtenidas como producto de un delito) de una cuenta a otra y la entrega de dinero en efectivo a cambio.

Por el contrario, lo que hace es garantizar que el producto del delito cometido se encuentre fuera del acceso de las autoridades que se encarguen de perseguirlo y a disposición de la organización que lo cometió. De esta forma, lo que ocurre en este caso es que un tercero, ajeno al delito previo, presta una ayuda para que su autor disfrute del provecho que obtuvo por cometerlo.

Es claro que se está dificultando la administración de justicia al brindarle a la organización delictiva la posibilidad de hacerse de dinero en efectivo en un lugar geográfico que posiblemente sea diferente de aquel donde se cometieron los delitos precedentes, al mismo tiempo que se provoca que disminuya la posibilidad de lograr el decomiso de esos fondos obtenidos, volviéndola más lejana y poco probable.

Por otra parte, cabe realizar una breve mención vinculada con la discusión que tuvo lugar en torno al delito precedente en el tipo penal de encubrimiento que, si bien no es el objeto central del presente trabajo, corresponde tenerla en consideración para evitar avanzar con imputaciones que pudieran enfrentarse a problemas relacionados con esta condición objetiva.

Si bien de la lectura del tipo penal delito de lavado de dinero y de encubrimiento surge una diferencia en cuanto a que el primero exige únicamente la ilicitud de la conducta



previa<sup>[661]</sup>, y el encubrimiento, que exige *un delito* ejecutado por otro, cabe precisar al respecto que no existe discusión en la dogmática y jurisprudencia de este tipo penal con relación a la interpretación que debe realizarse. En tal sentido, si bien se trata de un acto posterior copenado, conexo y consecutivo a otro hecho delictivo. el standard exigido por la jurisprudencia a la hora de determinar el delito previo se limita a la comprobación de su existencia. A mayor claridad, cabe señalar que no es necesario incluso individualizar al autor del delito previo, sino que se requiere acreditar su existencia objetiva. que incluso puede realizarse dentro del mismo proceso contra el encubridor <sup>[662]</sup>.

A la luz de los argumentos expuestos cabe concluir que la conducta desplegada por el *trader* de criptomonedas no implicó una maniobra que logre enmascarar el origen de los fondos, pero facilitó la disponibilidad de esos fondos ilícitamente obtenidos. En consecuencia cabe subsumirla en el tipo penal de favorecimiento real, contemplado por el Código Penal Argentino en el art. 277, inciso 1° “e” previamente transcripto, con las agravantes contempladas en el inciso 3° “a”, por tratarse de delitos precedentes especialmente graves, como ocurre en el caso del narcotráfico, la del inciso 3° “b”, por haber actuado con ánimo de lucro ya que cobraba comisiones por la tarea realizada y, finalmente, del 3° “c” si se lograra probar que realiza la actividad con habitualidad para la agrupación criminal.

## **V. Reflexiones finales**

Es cierto que luchar contra la criminalidad organizada requiere esfuerzos mayores debido a su dimensión, transnacionalidad, la complejidad de las maniobras, la división de tareas en territorios de distintos países, el caudal de dinero que se maneja, entre otros factores, y que

ello, en cierta medida, lleva a los operadores jurídicos a hacer más laxos los criterios y posturas en miras a sancionar los ilícitos relacionados con las organizaciones criminales internacionales. Sin embargo, resulta necesario que las condenas que se pretenden alcanzar tengan un sustento normativo y conceptual robusto.

En este contexto, es que se intentó conceptualizar, para luego vincular de un modo accesible, elementos de distintos ámbitos. Ello en pos de contribuir al análisis y discusión vinculada con el mundo de los activos digitales, la delincuencia transnacional y la dogmática del derecho penal.

De ese modo, tomándose como punto de partida un caso concreto, se intentó describir la actividad del *trader* de criptomonedas para luego abordar los encuadres que se pueden llevar a cabo y finalmente argumentar a favor de una solución diferente a la presentada desde la jurisprudencia.

A modo de reflexión, cabe mencionar que no resulta negativo que las operaciones realizadas con activos digitales presenten alertas en los operadores jurídicos. Por el contrario, se aprecia como positiva y necesaria la iniciativa de combatir el financiamiento de organizaciones criminales transnacionales desde ese enfoque. Sin embargo, se observa defectuoso considerar que cualquier operación con monedas digitales obtenidas de manera ilícita pueda ser considerada lavado de dinero conforme a la redacción actual del tipo penal en el Código Penal Argentino.

En tal sentido, el presente trabajo buscó contribuir a la discusión en la materia con la intención de conceptualizar elementos novedosos para, de ese modo, intentar arribar a soluciones que se encuentren enmarcadas dentro del cuerpo normativo. Va de suyo con la actualidad de la temática y la mirada a futuro que presentan los activos digitales, que son más los interrogantes que subyacen en este tipo de investigaciones que aquellas respuestas. Ahora

bien, queda en los operadores jurídicos el realizar los esfuerzos necesarios para superar los desafíos que se presentan día a día, pero siempre en un marco de seguridad jurídica.

# **EL LAVADO DE ACTIVOS PROVENIENTES DE DELITOS AMBIENTALES. BIEN JURÍDICO PENALMENTE TUTELADO. DESAFÍOS PROBATORIOS**

María Alejandra Méndez\*

*“...Hänsel consoló a Gretel diciéndole: -Espera un poco a que salga la luna; entonces veremos las migas de pan que yo he esparcido, y que nos mostrarán el camino de vuelta. Cuando salió la luna, se dispusieron a regresar; pero no encontraron ni una sola miga...”<sup>[663]</sup>*

No ha sido llano el abordaje del bien jurídico de la figura del lavado de activos<sup>[664]</sup> en el derecho penal argentino, de alguna manera ello propiciado por los orígenes sobre su tipificación en nuestra legislación.

Debemos tener presente que los casos que hoy llegan a conocimiento de los órganos jurisdiccionales nacionales y que, en principio podrían recaer en la subsunción legal en el tipo penal del artículo 303 CP, se encontraban alcanzados antes de la reforma del código sustantivo, por la descripción típica del encubrimiento y, como tal, el bien jurídico que en su sistemática se preveía era, en consecuencia, la administración de justicia.

La reforma legislativa, impulsada por el tratamiento político y jurídico a nivel internacional del avance de estas

conductas delictivas como fenómeno mundial e interjurisdiccional, y de la especial promoción de organismos internacionales de vasta presencia en la agenda internacional en la materia, permitió emancipar o construir la independencia de la figura del lavado de activos de la del encubrimiento, una decisión que no era ajena a la realidad que el derecho comparado ponía por entonces en evidencia, contribuyendo, a su vez, a correr el eje de la génesis de la mácula de los activos en cuestión de las figuras vinculadas al tráfico de estupefacientes (art. 25, ley 23.737), extendiendo en consecuencia, la punibilidad del delito en estudio a la introducción en el mercado legal de bienes provenientes de cualquier ilícito penal.

Todo ello condujo al legislador a reubicar el delito de lavado de activos -creando su peculiar e independiente descripción típica-, dentro de su sistemática, en aquel grupo de ilícitos que tutela penalmente el bien jurídico orden socioeconómico.

Desde el punto de vista de la fenomenología del tipo penal, los cuestionamientos doctrinales iniciales que se elevaron -los que aún tienen vigencia-, se posicionaron, justamente, entorno a la inescindible relación que mantendría el lavado de activos con ese ilícito, como forma especial del delito de encubrimiento, dada la finalidad perseguida por el tipo penal, desde el *factum*.

En ese orden, la doctrina aun ensaya argumentaciones que fincan su objeción en el deslinde normativo introducido por la reforma respecto a lo que protege realmente la norma, no en el sentido de la teoría de los bienes jurídicos o del objeto de protección del tipo penal, sino en su interpretación teleológica, esto es, la finalidad que el legislador propendía con esta independiente y nueva descripción típica.

Parte de la doctrina sigue considerando que el nuevo tipo penal de lavado de activos continua vinculado a alguna forma de encubrimiento y que la administración de justicia, por lo tanto, sigue estando afectada aun habiéndose

tipificado el delito de manera autónoma, pues, por ejemplo, se piensa que todo aquel que colabora con otro ocultando el origen ilícito del dinero está de alguna forma afectando la administración de justicia porque dificulta su normal desempeño entorpeciendo su labor en el descubrimiento de la verdad real sobre el ilícito generador de esas ganancias espurias<sup>[665]</sup>.

Sin embargo, y aunque hoy parecería una verdad de Perogrullo, desde la óptica de la técnica legislativa aplicada a la política criminal, la dinámica delictiva observable supone una lesividad cualificada, distinta y distinguible que merece en términos normativos, una regulación penal específica cuyos primeros lineamientos o directivas, como se ha dicho, ya han sido esbozados en el ámbito internacional.

A modo de ejemplo podría señalarse la imposibilidad, de seguir con la tesis típica pretérita, de incluir conductas como el denominado autolavado o autoblanqueo, pues si el peculiar caso que imponía el lavado bajo la regulación del encubrimiento sindicaba a esa conducta como un delito contra la administración de justicia, no resultaría acertado sostener un autoencubrimiento, pues tal acción debiera considerarse un acto posterior copenado<sup>[666]</sup>, es decir, ya contendría el desvalor del ilícito el delito en sí mismo, no los actos posteriores que trataran de ocultarlo.

Esta discusión no fue ajena al derecho comparado. A modo de ejemplo, el Tribunal Supremo Federal alemán en una sentencia de noviembre de 2018<sup>[667]</sup> había interpretado la cláusula del hasta ese entonces § 261 IX 3 del Código Penal alemán (*Strafgesetzbuch*)<sup>[668]</sup>, que restringía la exclusión de punibilidad del autolavado<sup>[669]</sup>, criminalizando conductas en las que el autor del delito precedente pusiera en circulación las ganancias o bienes ilícitos obtenidos encubriendo con ello su origen ilegítimo o ilegal<sup>[670]</sup>. En ese pronunciamiento, se había analizado si, en abstracto, la norma penal en cuestión vulneraba el principio de *ne bis in idem*, rechazándose el planteo en la medida que el precepto

penal del autolavado presuponía un nuevo hecho además del delito precedente y que, a su vez, se distinguía de este último desde el punto de vista del contenido del injusto, explicando el tribunal que el “dinero negro” podía poner en peligro la solidez, integridad y estabilidad de las instituciones crediticias y financieras y amenazar la confianza en el sistema financiero<sup>[671]</sup>.

La discusión dogmática también recaería en la idea de que el encubridor era considerado un partícipe posterior al hecho, de manera tal que, si éste resultaba ser el mismo sujeto del hecho, carecía de sentido incriminarlo como partícipe de la conducta de la que era autor.

Este somero e insipiente abordaje de algunos de los aspectos que consolidan al delito de lavado de activos como un ilícito independiente cuyo reconocimiento del bien jurídico en la sistemática del Código Penal argentino se orienta más satisfactoriamente hacia el orden socioeconómico, se muestra más cercano al desarrollo del derecho comparado en la materia y más acorde a la multidimensionalidad de la problemática criminal planteada por los hechos delictivos que quedan subsumidos en el tipo penal que nos incumbe.

En este sentido ha concluido la doctrina que resulta “... *pertinente ratificar la postura adoptada [por el] nuevo tipo penal de lavado de activos del artículo 303.1 del CP, en cuanto a que resulta superior no solo a su antecesor, sino incluso a los introducidos en países usualmente tomados como referencia en materia de Derecho Penal, como Alemania o España, en los que -como bien señala Verde- el legislador, incluso tras varias reformas, ha dejado como saldo una conceptualización legal muy confusa del lavado de activos, precisamente - y entre otras cosas- por las inadecuadas conexiones con los elementos típicos de las distintas formas de encubrimiento y de la receptación, que dificultan la tarea de diferenciar los tipos penales entre sí. Aspecto en el cual (al haber configurado un tipo de lavado*

*“puro”, desvinculado del encubrimiento), la regulación argentina es técnicamente preferible...”<sup>[672]</sup>.*

Ahora bien, esta idea -conceptualmente dispar desde la doctrina- de la vulneración del orden socioeconómico como bien jurídico afectado por el lavado de activos<sup>[673]</sup>, nos remite a una observación del fenómeno delictivo desde la afectación de la distribución y consumo de los bienes y servicios determinada por el Estado en tanto custodio del sistema. Si bien dependerá del tipo de Estado de que se trate, en general, en un Estado democrático hablaremos de un sistema de libre de intercambio de bienes -controlado o regulado en algunos aspectos, por supuesto, por aquél- y diremos que habrá afectación a este orden socioeconómico a partir de la introducción en ese sistema de dinero, bienes o activos en general, no originados legítimamente.

Esa acción de la introducción de bienes de origen ilegítimo podrá afectar el funcionamiento del sistema socioeconómico alterando el equilibrio de la economía formal y del sistema financiero, irrumpiendo en la interacción de los sujetos insertos en él, trastocando las reglas básicas del desenvolvimiento de sus conductas y corrompiendo instituciones públicas y políticas<sup>[674]</sup>. Hablamos, por ejemplo, de empresas que compiten en el mercado y que, ante la inyección de activos espurios algunas se colocan en una posición dominante frente a otras; hablamos también de la modificación del valor de bonos o de acciones; hablamos de creaciones de grupos de presión económica que modifican el escenario del mercado en el que se desenvuelven creando realidades socioeconómicas que rompen con los principios básicos de la libre competencia o libre intercambio; hablamos de la introducción al sistema de verdaderas distorsiones que incrementan el riesgo de inestabilidad macroeconómica, que comprometen la administración del tipo de cambio y las tasas de interés.

En otros términos, el tipo criminológico del lavado de activos descansa en la idea de evitación de que el poder



potencial de adquisición de bienes en el mercado que tiene aquel que comete un delito del que obtiene activos ilícitos, por ejemplo, pueda convertirlo en un poder efectivo de realización.

Desde ese punto de partida o idea general del tipo, los diversos ordenamientos jurídicos han procurado delinear su alcance o circunscribir su contenido.

En consecuencia, y si bien puede pensarse que el bien jurídico orden socioeconómico tiene contornos difusos, el legislador argentino ha optado por exigir al tipificar el lavado de activos el requisito de que en la maniobra se presente alguna forma de ocultación que posibilite la incorporación legal al sistema de los bienes o activos de origen ilícito. Otras legislaciones, como la alemana, han optado por obturar la posibilidad de que los activos circulen, esto es, que la mera recepción del dinero o de los bienes podrá consistir en una conducta pasible de ser perseguida bajo el tipo penal del lavado de activos.

Ahora bien, los esfuerzos legislativos de determinación, en primer lugar, y luego de limitación del bien jurídico que tutela el tipo de penal del lavado de activos, y aquellos enderezados a brindarle independencia típica a esa figura, lo que muy someramente he procurado abordar en estas líneas, ha sido incluso criticado por la doctrina desde el punto de vista de la eficacia y eficiencia de la criminalización autónoma de este delito, atento los pocos procesos penales seguidos únicamente por lavado de activos.

Si a esto sumamos, desde un análisis estadístico de la jurisprudencia, que la mayoría de los tribunales argentinos dictan condenas por lavado de activos empleando estándares probatorios más endebles que, incluso, el de la duda razonable, otorgando un peso específico muy alto a los indicios, y que tales esfuerzos se destinan casi invariablemente a desandar el camino que dirige al ilícito precedente<sup>[675]</sup>, el panorama no sólo se muestra desalentador frente, por ejemplo, a la *performance* del país

ante las evaluaciones periódicas del Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI), sino -y aún más preocupante-, se advierte hostil para el campo de las garantías constitucionales (*in dubio pro reo*) y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Gran parte de ese fracaso fue relacionado con la manera de abordar la prueba en la investigación del fenómeno criminal que nos ocupa, muchas veces enderezada ella desde los órganos o sujetos a cargo de la acusación, a tratar de hilar el producto ilícito con su conducta creadora, es decir, la maquinaria de la investigación se pone en marcha para dilucidar o atribuirle una razón de ser a esos activos espurios. Pareciera ser que lo que tanto costó en términos normativos y descriptivos, en términos probatorios se ha olvidado. Pareciera ser que el esfuerzo por otorgarle autonomía típica al lavado de activos, desde la órbita probatoria se ha ignorado.

El posicionamiento analítico en la pretensión de probar la ilicitud del origen de los activos ha conducido en la *praxis* tribunalicia al empleo de estándares probatorios débiles al momento de fundar una decisión jurisdiccional y, a esos fines, a un uso desmedido de la prueba indiciaria en el afán de sostener -consciente o inconscientemente- un vínculo inescindible -llevado al campo de lo empírico, de la verificación de la hipótesis criminal del ilícito precedente- entre la conducta pretérita ilegal y sus frutos mal habidos, temperamento propio de esquemas arcaicos que no pueden ser aplicados a la fenomenología del lavado de activos o, en rigor, de la criminalidad compleja.

El día a día ha demostrado que optar por la senda de la verificación del ilícito precedente en términos de reconstruir circunstanciadamente esa conducta típica pretérita, ha conducido a flexibilizar los estándares probatorios a límites de dudosa convencionalidad y constitucionalidad, arrojando como resultado un número magro de procesos, incluso en esas condiciones, en los cuales se ha dictado sentencia condenatoria.

Ello, sumado a que el tipo penal no tiene límites en cuanto a cuáles serían las fuentes delictivas proveedoras de los activos ilegales, ni tampoco el *quantum* económico para la valuación de tales bienes, nos presenta un escenario donde, o bien concluimos que presenciamos una comedia de enredos, o nos decantamos por admitir que estamos ante a la disfuncionalidad de un sistema político, legislativo y jurídico, donde cada sentencia dictada bajo esta realidad se asemeja al resultado de quitarle un dulce a un niño para luego presumir de tal trofeo ante el GAFI y la comunidad internacional.

Podría buscarse otra metáfora, como la de patear la pelota contra el propio arco y pretender que ese tanto sea contabilizado a favor de nuestro equipo. Por supuesto, resultaba sencillo patear contra el propio arco, ir a por las maniobras sencillas y de poca monta. Ahora, jugar en toda la cancha, sortear a los jugadores del otro equipo y lograr que el tanto marque en el arco del equipo contrario, eso, eso señores, importa asumir estrategias de juego, estrategias de investigación, conocer al rival, la cancha en la que se desarrolla el partido y trabajar en equipo.

Ahora bien, en estos términos, ¿qué ocurre entonces con el lazo que une al ilícito precedente con los bienes ilícitos por él producidos? En términos de la tipicidad, ya se ha indicado en este trabajo que resulta apropiado mantener el deslinde del ilícito precedente de lo que es la conducta posterior de pretender atribuir apariencia lícita a lo generado por aquél. Recuérdese, hablamos en términos del tipo penal y de la finalidad del delito prevista por el legislador al modificar el código sustantivo. Pero en términos probatorios, el aspecto que nos ha llevado a encallar desde la implementación de la política criminal nacional e internacional asumidas, es el de no haber asumido que los recursos para afrontar la fenomenología de la criminalidad compleja son escasos, que las maniobras delictivas que integran esas conductas perseguidas varían constantemente en la búsqueda de procurar la impunidad,

que los involucrados invierten en mejorar las técnicas del o los delitos de que se trate y que, frente a este panorama quizás resulte acertado abordar la investigación de los hechos concentrando los recursos con los que se cuenta, seleccionando aquellas maniobras de significativa cuantía, aquellas en las que haya intervenido una estructura criminal compleja como sujeto activo o sospechado del ilícito, con especial atención en aquellas formas organizativas que *per se*, o *prima facie*, se encuentren insertas legalmente en el sistema económico o financiero desarrollando actividades, en principio, legales y que, por el deficitario abordaje relatado no logran ser alcanzadas por el sistema penal. Es decir, en este supuesto, el nexo entre delito precedente y activos ilícitos está presente y se reconoce matizado a los fines de su abordaje desde la necesidad de conocimiento de una criminalidad compleja.

En efecto, esta realidad desalentadora frente a un fenómeno criminal que muta constantemente indaga también en la complejidad de los actores o sujetos activos que convergen en el delito, por lo general, asociada a una criminalidad organizada, integrada tanto desde una conceptualización legal, por ejemplo, por una empresa o sociedad económica o financiera, o desde una organización criminal *per se*. Bajo este marco, estas estructuras criminales -que cuentan con recursos sólidos, tecnología, conocimientos calificados que dotan de profesionalidad a sus maniobras, redes de contactos que posibilitan sortear los escollos que impidan el ocultamiento de su ulterior finalidad delictiva, entre otros-, estarán en condiciones óptimas para trasponer las barreras suficientes que obstan a cualquier vía de investigación y frustren el hallazgo del *íter* hacia el origen ilícito de los activos.

Las estructuras criminales complejas destinarán sus recursos a desdibujar, borrar o desviar el “camino hacia el origen de la mácula”, a partir -por ejemplo- de un sinfín de operaciones comerciales, económicas o financieras, que se entrecruzarán y que seguramente se situarán en

jurisdicciones diversas, involucrando una gran cantidad de personas físicas y jurídicas, anulando así cualquier ilación o relación entre el delito precedente y lo producido por éste, procurando, en definitiva, asociar los activos ilícitos con fuentes y fines legales.

La insistencia -por ignorancia deliberada o escasez de recursos- en las técnicas tradicionales de investigación, ha arrojado como lamentable conclusión lógica -por sus resultados- la asimilación de la investigación de una realidad criminal compleja, como son las diversas conductas que pueden configurar el delito de lavado de activos, con un abordaje analítico-probatorio de las simples acciones delictivas ilícitas de los llamados “delitos comunes”, que son perpetrados generalmente por individuos aislados o sin una estructura de aparato criminal-societario, y que carecen tanto de un plan delictivo global como de un acervo económico y/o financiero apto para presionar en esos términos el sistema que desestabilizarán<sup>[676]</sup>.

En ese contexto se ha sostenido que la complejidad del delito determinará la complejidad de la investigación y, desde esa perspectiva, el concepto de “delito complejo”, se encontrará íntimamente ligado al concepto de “investigación compleja”, cuya existencia se determinará por su contenido fáctico y su entorno<sup>[677]</sup>.

Un importante desafío en este panorama se presenta con el lavado de activos provenientes de delitos ambientales.

El pasado año, el GAFI elaboró un informe en el que dio cuenta de la situación de la problemática ambiental en términos delictivos, a nivel mundial, tomando como eje especialmente la extracción y el comercio ilegal de productos forestales y mineros, el desmonte ilegal, el tráfico de residuos y el comercio ilegal de vida silvestre<sup>[678]</sup>.

En ese marco afirmó que *“...Los actores involucrados en estos delitos pueden incluir desde grandes grupos de delincuencia organizada hasta empresas multinacionales e individuos. Quienes cometen delitos ambientales se valen*

*tanto del sector financiero como del sector no financiero para lavar el producto del delito. La naturaleza de “bajo riesgo, pero con grandes beneficios” que caracteriza a los delitos ambientales hace que estos sean una fuente de lucro segura para los delincuentes. En parte, esto se debe al marco jurídico y regulatorio que no siempre es consistente a nivel mundial y no aborda de manera completa los aspectos financieros y los riesgos de lavado de activos (LA) de estos delitos...”.*

Explicó que estudios realizados por la Organización de las Naciones Unidas demostraron que el producto de los delitos ambientales se encuentra en el mismo orden de magnitud que otros delitos financieros, pero que, sin embargo, las acciones llevadas a cabo por los gobiernos y el sector privado para identificar, investigar y elevar a juicio los casos de lavado relacionados fueron limitadas.

El informe del GAFI puso de manifiesto el importante papel del fraude comercial y el uso indebido de empresas pantalla y ficticias para lavar las ganancias obtenidas a partir de la tala ilegal, la minería ilegal y el tráfico de residuos. Mostró que los sujetos activos del delito suelen mezclar bienes lícitos con otros ilícitos al inicio de las cadenas de suministro de recursos, a fin de ocultar su origen ilícito, lo que puede dificultar la detección de flujos financieros sospechosos en una etapa posterior de la cadena de valor, y destaca la necesidad de que las autoridades encargadas de luchar contra el lavado de activos establezcan relaciones de trabajo con socios no tradicionales, como los investigadores de delitos ambientales y los organismos de protección ambiental.

El organismo internacional hizo hincapié en las buenas prácticas para detectar y e identificar el lavado de activos. En primer lugar, profundizó en la necesidad de capacitar a los operadores del sistema.

En ese orden sostuvo que las autoridades deben emplear, de manera apropiada, la información de inteligencia financiera y todo otro tipo de información relevante para

respaldar las investigaciones financieras, citando como ejemplo un caso italiano en el que los Reporte de Operación Sospechosa (ROS) fueron utilizados para descubrir cadenas de facturación falsa y para identificar una red delictiva implicada en la eliminación ilegal de residuos. En él, los investigadores italianos consideraron que era un desafío crucial para quienes realizaban investigaciones financieras el poder diferenciar entre el uso de la facturación para evadir/evitar el pago de impuestos y el uso de la facturación para ocultar actividades ilícitas en sí mismas (como la extracción, la deforestación, el vertido). Descubrieron que el desafío principal radicaba en comprender cuándo las actividades de financiamiento, lo cual constituía una forma de emitir facturas falsas, tenían la finalidad de facilitar la eliminación ilegal de residuos y cuándo, por el contrario, tenían la finalidad exclusiva de evadir impuestos.

Fincó la atención también en la cooperación internacional efectiva entre las autoridades competentes. Sobre ello refirió que los flujos financieros provenientes de los delitos ambientales suelen ser de carácter global y que grupos criminales aprovecharán la ausencia de cooperación entre las jurisdicciones, pues estas redes intentarán transferir fondos o bienes por jurisdicciones cuya cooperación práctica y comunicación entre las autoridades sean limitadas.

Sobre la base de ello, estimó como acciones prioritarias dirigidas hacia los Estados:

Garantizar que las autoridades encargadas de luchar contra el lavado de activos, entre ellas, las unidades de inteligencia financiera, tengan capacidad operativa y facultades suficientes para investigar y rastrear los activos provenientes de los delitos ambientales, indicando que lo ideal sería llevar a cabo esta tarea en asociación con los investigadores de delitos ambientales para generar una capacidad operativa similar a fin de detectar y obtener la información de inteligencia relevante.

Establecer y fortalecer el diálogo entre el sector público y el privado para compartir información relativa a los riesgos y las iniciativas lideradas por organizaciones o industrias para fortalecer la debida diligencia en relación con las cadenas de suministro y sus flujos financieros. Estas iniciativas pueden desempeñar una función fundamental a la hora de crear conciencia sobre actividades financieras sospechosas y de abordar la mezcla de bienes lícitos con bienes ilícitos buscando medios para demostrar el carácter lícito de las fuentes de las que proceden los bienes.

Asimismo, diseñó e identificó indicadores de posibles riesgos en relación con el lavado de activos específicamente para aquellos que se presumen provienen de los delitos ambientales escogidos para el informe, a saber:

En cuanto a las operaciones y flujos de efectivo:

Empresas que operan en el sector de la tala y que realizan, con frecuencia, operaciones con destino a centros financieros *offshore*.

Grandes retiros de dinero en efectivo por parte de instituciones financieras que operan en áreas rurales y que podrían estar cerca de áreas donde se practica la minería, ilegal o la tala ilegal.

Recepción de depósitos y transferencias electrónicas de varios orígenes sin fundamento económico o financiero alguno. Esto incluye operaciones provenientes de regiones que no tienen una conexión lógica con la sede operativa principal o el domicilio de la persona o la empresa.

Transferencias provenientes del país en el que están situados los fundidores de oro hacia los países de origen del oro, con un retiro de dinero en efectivo casi inmediato de la mayor parte de la transferencia.

Pagos frecuentes provenientes de empresas del sector extractivo a proveedores o beneficiarios que no están relacionados con la actividad o negocio de la persona jurídica.



Aumento en las operaciones entre entidades o personas que no están registradas en el sector de la minería o la tala (esto es, quienes no poseen licencias) y empresas de alquiler o empresas de venta de equipos.

Grandes volúmenes e importes de transferencias de efectivo desde empresas con uso intensivo de efectivo (por ejemplo, estaciones de servicio) a beneficiarios ubicados en áreas conocidas por ser fuentes de la minería de oro, la tala ilegal y los desmontes ilegales.

En cuanto a las actividades económicas:

Aumentos repentinos e inexplicables en la actividad económica (ya sea formal o informal) en áreas rurales o aisladas, particularmente, en países de origen de la tala ilegal y la minería ilegal. Esto podría incluir no solo los importes, sino también los volúmenes y la frecuencia de las operaciones en las que participan bancos, empresas de servicios monetarios, remesadoras (incluidos los procesadores de pagos móviles y/o dinero electrónico), o volúmenes inusualmente altos de facturación de operaciones en efectivo en empresas que ofrecen bienes de consumo y servicios en las inmediaciones de las zonas en riesgo.

Empresas creadas recientemente que registran exportaciones de oro en cantidades significativas y en periodos de operación notablemente breves.

Actividad bancaria o ingresos anormales/irregulares (esto es, cambios repentinos o inexplicables de los flujos de efectivo) de las empresas que operan en las cadenas de suministro de recursos naturales (por ejemplo, en la recolección, procesamiento, etc.).

En cuanto a los clientes:

Enriquecimientos injustificados, transferencias de dinero en efectivo que involucran a altos funcionarios, personas políticamente expuestas (o sus familiares) o con un puesto de responsabilidad vinculado con la gestión o la preservación de recursos naturales (por ejemplo, funcionarios del sector forestal o minero).

Personas o entidades que son mencionados en diarios, informes de investigación de organizaciones sin fines de lucro o en informes realizados por organizaciones internacionales (tanto públicos como confidenciales) por estar implicados en casos de soborno, actos de corrupción, delitos ambientales u otras formas de delincuencia organizada.

Clientes con licencias de explotación minera que operan en zonas de conflicto activas o cerca de ellas. Las personas políticamente expuestas pueden tener participaciones en estas empresas, aunque esto no es un requisito.

Personas identificadas como gerentes o directores de varias empresas vinculadas con actividades extractivas.

Compra y venta frecuente de acciones de empresas que tienen permisos agrícolas y de tala, especialmente aquellas operaciones en las que participan accionistas de terceras jurisdicciones.

Empresas tales como refinerías o plantas procesadoras de madera que efectúan pagos a sus empleados exclusivamente en efectivo y/o por comisión, lo que crea la posibilidad de un generar un incentivo directo para invertir en actividades ilícitas.

Empresas que generan ingresos mínimos (o que son menores a lo que se esperaría en función de la actividad declarada) y efectúan ventas por debajo del precio de mercado a empresas con las que tienen una relación directa, por ejemplo, una empresa matriz. A veces, a ello le sigue la declaración de quiebra una vez completada la extracción.

Empresas que operan en la minería ilegal o la deforestación ilegal y que tienen contratos de prestación de otros servicios o actividades gubernamentales no relacionadas (riesgo de corrupción en relación con las licencias).

Pagos en efectivo o transferencias a clientes/cuentas de clientes que operan en la industria maderera/minera provenientes de ciudadanos extranjeros (o empresas que

son propiedad de ciudadanos extranjeros) cuando no existe una relación comercial clara. Los fondos pueden ingresar a la cuenta del cliente, y luego ser retirados en efectivo o transferidos a personas jurídicas sospechadas de participar en la tala ilegal, o en la extracción ilegal de minerales o recursos naturales.

Cientes que no pueden probar que cumplen con los requisitos medioambientales locales (por ejemplo, probar que tienen permisos para realizar actividades medioambientales, exportaciones, contratos de compra o arrendamiento de tierras, etc.).

La actividad declarada del cliente consiste en la exportación de materiales ambientales, pero el volumen/importe excede lo disponible en la región.

Personas políticamente expuestas o funcionarios públicos con responsabilidades en relación con la gestión/protección del medioambiente o con los derechos de propiedad/tenencia de la tierra que viajan a jurisdicciones *offshore* con motivo de actividades comerciales no reveladas.

El cliente es una empresa inactiva recientemente reactivada que se dedica a la extracción de recursos, cuyos ingresos son inconsistentes con la actividad que realiza, en los casos en que el cliente o beneficiario principal es una entidad jurídica relacionada.

En cuanto a las exportaciones y precios de transferencia:

Operaciones comerciales para financiar actividades comerciales extractivas en las que participan jurisdicciones de alto riesgo, esto es, aquellas en las que se verifica un riesgo comprobado de corrupción, conflictos y/o extracción ilícita de recursos.

Declaraciones falsas o cuestionables en préstamos bancarios, cartas de crédito, documentación de aduana o de embarque asociadas con el comercio de madera.

Operaciones comerciales relacionadas con bienes ambientalmente sensibles (por ejemplo, madera en rollo)

cuando existen moratorias o prohibiciones impuestas por las autoridades nacionales.

La mezcla de fondos lícitos con fondos ilícitos a través de empresas relacionadas y de la exportación/venta de productos infravalorados utilizando facturación consecutiva, lo que indica la existencia de un esquema de precios de transferencia ilícito y continuo.

Inconsistencias en documentación de importación/exportación y permisos/concesiones. Los documentos de exportación/importación presentan inconsistencias significativas en relación con la cantidad de madera permitida en el documento de concesión o permiso y la cantidad transportada. Es común que la madera sin procesar, la ya procesada o el oro sean exportados a precios inferiores a los de mercado, que se modifique la titularidad y el Conocimiento de Embarque durante el traslado, usualmente en zonas de comercio libres de aduanas, y que sean importados en los países receptores con valores declarados más altos.

En cuanto a la falta de experiencia o trayectoria en un sector complejo:

Compras de empresas efectuadas por personas que carecen de conocimientos y experiencia adecuados en el sector de los residuos, con la finalidad de administrar entidades que operan en un sector altamente regulado.

Grandes volúmenes o importes de depósitos y retiros de dinero en efectivo por parte de empresas del sector de gestión de residuos.

Respecto al sector de los metales y de los residuos: actividades inconsistentes con las operaciones usuales:

Grandes transferencias internacionales de fondos entre empresas locales del sector de gestión de residuos y países de origen conocidos por el tráfico de residuos.

Grandes transferencias internacionales de fondos entre empresas locales del sector de gestión de residuos y principales importadores/destinos conocidos por el tráfico de residuos.

Empresas que operan en el sector de los metales y de la eliminación de residuos que presentan una de las siguientes características o comportamientos: Carecen de una estructura organizativa adecuada, tienen un domicilio que no está vinculado con actividad económica alguna, sus acciones se venden a un valor inferior al valor en libros, y/o tienen grandes retiros de dinero en efectivo registrados en cuentas bancarias pertenecientes a empresas del sector de gestión de residuos.

Empresas del sector de gestión de residuos que efectuaron pagos o emitieron facturas comerciales por tipos de residuos que no se corresponden con los que están autorizados a procesar.

En cuanto a las actividades económicas:

Inversiones repentinas e inexplicables en instalaciones para residuos provenientes de entidades cuya información sobre el beneficiario final no es clara.

Inversiones o patrocinios inexplicables en entidades que no están vinculadas con los residuos.

Costos más bajos que los esperados para el sector según los estándares.

Lo reseñado demuestra el abordaje, por parte del organismo internacional, desde una óptica de reconocimiento de la especialidad de los sujetos activos de los delitos, es decir, personas jurídicas legalmente constituidas y con un giro comercial y financiero lícito que, tras el corrimiento de su velo societario, se presentan en la fenomenología del lavado de activos como organizaciones criminales que encuentran el intersticio a través del cual desplegar su accionar eludiendo al derecho penal, que traspasan las fronteras políticas de un país, que socavan las bases de una economía de mercado y de un sistema financiero regulado en parte por los Estados, y que vulneran bienes jurídicos supraindividuales que sostienen bases democráticas.

En definitiva, los operadores del sistema no podemos ser tan ilusos en pretender, durante la noche y en la

inmensidad del bosque, como Hänsel y Gretel, encontrar las migas de pan que nos marquen el camino.

# ***BLOCKCHAIN, SMART CONTRACT Y COMPLIANCE: ANOTACIONES PARA EL DERECHO PENAL Y PROCESAL DE LA PERSONA JURÍDICA***

Fernando Navarro Cardoso\*

## **I. Cuestiones preliminares**

El objetivo es lograr seguridad tecnológica y jurídica (*rectius*, obtener pruebas con validez jurídica respaldada por la tecnología *blockchain*); el fin, que no se cometan delitos. Uno de los dos usos propuestos inicialmente de los contratos inteligentes fue la evitación del fraude (el otro, la reducción de los costes de ejecución asociados a los contratos tradicionales en papel) (de Larraechea y Orhanovic 2020, 107 ss.). La palabra fraude podemos entenderla en el contexto de esta publicación en sentido amplio, como delito. Se trata, pues, de otorgar seguridad jurídica en un marco de seguridad tecnológica<sup>[679]</sup>.

En realidad, es un coctel tecnológico (cadenas de bloques, contratos inteligentes, criptografía,...) donde tienen cabida otros desarrollos de igual naturaleza, caso del *Big Data*, la identidad digital, la inteligencia artificial o el “internet de las cosas”.

Por razones de economía de espacio, iremos directamente introduciendo precisiones o acotamientos de

cada uno de los tres conceptos principales conformadores del título. Aprovecharemos para despejar al menos algunas de las confusiones más comunes -y no otras de mayor enjundia, dada mi sola condición de jurista<sup>[680]</sup>-, advirtiendo desde ya que en la lectura de este trabajo no puede perderse de vista la concreta finalidad que se persigue<sup>[681]</sup>. A continuación, comentaremos potenciales ejemplos de implementación, finalizando con algunas reflexiones.

Lo cierto es que los retos en el entorno digital son también retos jurídicos. Vaya por delante que, *grosso modo*, no es aventurado afirmar que el Derecho ha sabido, con mayor o menor fortuna, adaptarse. Dicho de manera harto expresiva, *es la evolución desde el característico sonido del rasgueo de la pluma de ave sobre el pergamino hasta el “rugido” del clic del ratón*<sup>[682]</sup>.

Queda al margen en esta ocasión el llamado “*public compliance*”, esto es, la implementación de programas de cumplimiento normativo en el sector público (Nieto Martín, A., “De la Ética Pública al “Public Compliance”: sobre la prevención de la corrupción en las administraciones públicas», en Nieto Martín, A., Maroto Calatayud, M. (coord.), “*Public compliance*”. *Prevención de la corrupción en administraciones públicas y partidos políticos*. Valencia: Tirant lo blanch, 2014, p. 17 ss.; Campos Acuña, M.C. (dir.), *Guía práctica de compliance en el sector público*. Madrid: Wolters Kluwer, 2020; Ramírez Barbosa, P.A. y Ferré Olivé, J.C., *Compliance, Derecho Penal corporativo y buena gobernanza empresarial*. 2ª edic. Bogotá: Tirant lo Blanch, 2021, p. 161 ss.). Requiere una atención específica que ahora no podemos dispensarle. Tenga o no sentido, incluso admitiendo la existencia de un debate epistemológico que obligaría a diferenciar el acercamiento teórico-conceptual de la perspectiva economicista (en clave de eficacia y eficiencia), no debe negarse de entrada que la cadena de bloques puede aportar valor añadido en la cadena de valor de la gestión pública en relación con los objetivos -que no fines- de transparencia y buen gobierno<sup>[683]</sup>.



## II. Observaciones desde la cadena de bloques (*BLOCKCHAIN*)

La tecnología de la cadena de bloques puede ser analizada desde diversas perspectivas. Solo nos vamos a centrar en la estrictamente técnica (y técnico-jurídica), sin entrar en las consideraciones propias de los componentes sociológico y político, entre otros, que tienen las cadenas de bloque públicas<sup>[684]</sup>.

Es una tecnología reciente: los orígenes teóricos se sitúan en los años ochenta, los primeros desarrollos embrionarios a finales de los noventa, y su primera y más conocida aplicación, servir de ecosistema a la criptomoneda bitcoin, comienza en el año 2009. Esto, desde un punto de vista histórico, es ayer, dato que no puede perderse de vista<sup>[685]</sup>.

Explicada de modo sintético, “Una blockchain no es otra cosa que una base de datos que se halla distribuida entre diferentes participantes, protegida criptográficamente y organizada en bloques de transacciones relacionados entre sí matemáticamente. Expresado de forma más breve, es una base de datos descentralizada que no puede ser alterada” (Preukschat 2019, 23).

También dicho de manera muy resumida, pero sumamente plástica, tiene un propósito fundamentalmente acreditativo (Anguiano 2018, 1, 13 ss.), y es precisamente esa característica -su capacidad para aportar pruebas- la que la convierte en objeto de interés para nosotros: como instrumento para acreditar la inexistencia de un defecto de organización y/o una cultura de cumplimiento (sin pretender entrar en el debate dogmático del posible injusto propio y culpabilidad propia de la persona moral, sustentadores de su autorresponsabilidad) en el seno de

una empresa, materializada en concretas decisiones y actos.

Según la opinión probablemente mayoritaria en el sector tecnológico, la cadena de bloques (*blockchain*) es una modalidad de registro distribuido (*DLT*, por sus siglas en inglés, *Distributed Ledger Technology*); es decir, guardan una relación género-especie<sup>[686]</sup>. Hay, no obstante, una confusión terminológica por razones de uso y éxito, de modo que se termina hablando de una marca para identificar un producto: no todas las notas adhesivas son Post-it. En apretada síntesis, se apunta que la diferencia fundamental entre unas y otras es que las *DLT*, en general, no usan la cadena de bloques mediante sello criptográfico. Son bases de datos *online* compartidas entre varios usuarios, que las gestionan conjuntamente, las cuales aportan, fundamentalmente, descentralización y transparencia. El motivo principal es que cada uno de los usuarios dispone de una copia (que puede ser de todos los datos o de solo una parte de ellos), y las actualizaciones se hacen por consenso. En la cadena de bloques el encadenamiento sucesivo de cada uno de ellos con el anterior y el siguiente mediante seguridad criptográfica aporta integridad e inmutabilidad<sup>[687]</sup>.

En efecto, las principales características de la cadena de bloques son: Primera. La inmutabilidad. En la medida en que los bloques están distribuidos y vinculados entre sí, no es posible alterar el contenido sin modificar/atacar simultáneamente a todos los participantes/nodos. Esto supondría que quien pretende esa modificación (el atacante) debe superar al resto en capacidad computacional (el llamado “ataque del 51%”)<sup>[688]</sup>. Segunda. La transparencia, en tanto todos los usuarios pueden acceder a la práctica totalidad de los datos.

Se habla también de la irrevocabilidad como característica, en el sentido de que no hay marcha atrás (Porxas, N.; Conejero, M., “Tecnología *blockchain*: funcionamiento, aplicaciones y retos jurídicos

relacionados”, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, nº 48, 2018, p. 28). Por lo tanto, si se admite esta característica como genuina, habría que distinguir entre irrevocabilidad e inmutabilidad. En efecto. Se puede tomar una decisión y posteriormente la contraria, quedando registrada esa secuencia y pudiendo ser de utilidad probatoria en el procedimiento penal. Cuestión bien distinta es que pueda revertirse el asiento, cambiando su contenido. Es en este sentido en el que habría que manejar el sustantivo inmutabilidad, y ciertamente parece que hoy por hoy no es posible en el estado actual de la técnica -a falta, pues, de lo que pueda traer la computación cuántica (Navarro Cardoso 2019, 5; 11, n. 25)-. Obviamente, en una cadena de bloques privada, si todos los nodos (los ordenadores que intervienen) se ponen de acuerdo, el asiento también sería reversible; lo que no puede dejar de apuntarse por la opción que luego tomaremos respecto a la clase de *blockchain* por la que optaremos.

Otras características reseñables, en tanto de interés con nuestro objeto de estudio, son la facilidad, la desintermediación, la colaboración y la seguridad (Morales 2018, 61 y 62). En algunas de ellas nos detendremos.

En la disyuntiva entre una *DLT* y una cadena de bloques para hacer *compliance*, solo tiene sentido el debate si se pretende obtener un rendimiento de las ventajas adicionales de la cadena de bloques. ¿Y cuáles son en nuestro caso esas ventajas que quieren obtenerse? Sencillo: evitar delitos y, en el peor de los casos, acreditar en sede judicial que el modelo de organización y gestión implementando en la empresa para evitarlos se ejecutó con la mejor eficacia posible -que no toda, claro, porque lo cierto es que si hablamos de la función eximente o atenuante de un programa de cumplimiento en el marco de la responsabilidad penal de la persona jurídica es porque en su seno se cometió un delito, en su nombre y en su beneficio-; en línea con la opinión de la Fiscalía General del Estado española, mostrada en su Circular 1/2016.

Resulta obvio que si puede acreditarse que, en efecto, había una “cultura de cumplimiento” y que, por ende, se adoptaban medidas (soportadas, pues, con evidencias), no quedan en el margen de lo despreciable las probabilidades de que el programa de cumplimiento despliegue sus efectos exoneradores, o atenuadores, de responsabilidad criminal.

Son varios los problemas y las cuestiones que se plantean. Uno tiene que ver con la veracidad. La cadena de bloques permite garantizar el contenido y la trazabilidad, pero no la veracidad del contenido de lo registrado, ni, por supuesto, la legalidad (Rosales 2019, 4). Por eso, hay que ser conscientes de sus ventajas, pero sin soslayar sus limitaciones. En esta línea, la cadena de bloques aporta valor añadido, por ejemplo, en relación con los registros de la propiedad. Así, proporciona una manera en la que pueden preservarse los derechos de propiedad, en tanto sirve como registro público para escrituras, títulos o licencias (Johnson, G.L., “Planning the future, Blockchain Technology and the Insurance Industry”, *In-House Defense Quarterly*, Fall, vol. 12, nº 4, 2017, pp. 73-78. Consultado en [\[https://www.rbm.com/wp-content/uploads/2017/10/16J1065-GLJ-BLOCKCHAIN-TECHNOLOGY\\_.pdf\]](https://www.rbm.com/wp-content/uploads/2017/10/16J1065-GLJ-BLOCKCHAIN-TECHNOLOGY_.pdf), 2017, 6). No obstante, no podrá sustituir la función de control de legalidad de los documentos registrados, tarea propia de los registradores que le atribuye el ordenamiento jurídico español, como el de todos aquellos que comparten el modelo registral latino (Simón Marco, J.; Simón Marco, J., “Blockchain, criptomonedas, contrato inteligente y otras figuras: ¿Nuevos retos para los juristas?”, en *Revista Ceflegal*, nº 213, 2018, p. 64).

El problema de la veracidad parece que puede resolverse desde un punto de vista técnico con la denominada “tokenización”. El *token*, en lo que ahora nos interesa, es un archivo informático que posee un contenido<sup>[689]</sup>. Este se entiende desde aquella perspectiva técnica como un valor, y se concreta en un título, un registro, un certificado, etc.

Precisamente es lo que permite hablar hoy del “internet del valor”, como siguiente estadio tras el “internet del conocimiento”, generaciones no incompatibles entre sí: antes se accedía y compartía información, ahora también valor (Preukschat y Molero 2019, 15 ss.).

Bien es verdad que, en principio, lo que se incorporan son “hash” pero no documentos<sup>[690]</sup>. No obstante, muchos de los inconvenientes que se formulan respecto de la incorporación de documentos se refieren a las cadenas de bloque públicas, y como veremos más abajo, y debe resultar obvio en el marco del programa de cumplimiento de una empresa privada, no son en las que estamos pensando<sup>[691]</sup>.

Asimismo hay un problema de costes. Nos interesa la cadena de bloques-aquí y ahora, pues el potencial de *blockchain* en materia de cumplimiento normativo puede ser espectacular<sup>[692]</sup>- por los contratos inteligentes. Una de las clásicas ventajas que suele destacarse de estos es el abaratamiento de costes que produce, al suprimir intermediación. Pero la cadena de bloques puede tener un coste alto, por ejemplo, y como es ya de común sabido, en consumo eléctrico y, por ende, económico: el de todos y cada uno de los nodos que soportan el registro distribuido, para funcionar y para garantizar la seguridad (García 2018b, 85 y 86). La solución puede pasar por una reducción del número de nodos validadores: que solo sea un número determinado, y no todos, con independencia de que todos sigan formando parte de la red y, por tanto, conservando una copia. Bien es verdad que, como también es sabido y resulta obvio, entre menor sea el número de nodos, mayor será la vulnerabilidad de la cadena de bloque frente a ataques (Rosales 2019, 4).

La cadena de bloques permite incorporar a todos o a un número considerable de los actores de la cadena de valor haciendo posible que no se materialicen ciertos riesgos de incumplimiento; o, en su caso, podría permitir, junto con el recurso a los contratos inteligentes, la identificación de

quienes hayan contribuido a la efectiva materialización -lo que me atrevo a llamar la “huella digital del procedimiento”-<sup>[693]</sup>. En el más infructuoso de los casos, permitiría la trazabilidad de la cadena de decisiones<sup>[694]</sup>.

La cadena de bloques, en efecto, no garantiza, *per se*, la identificación de los intervinientes. Esto se resuelve con la firma digital, lo que en el seno de una empresa que hace cumplimiento normativo debe ser suficiente -cuando el firmante está integrado en el organigrama del ente-. Es cierto que la identificación del sujeto no implica resolver lo atinente a su capacidad y legitimación (Rosales 2019, 7). Pero cabe, entre otras soluciones, el recurso a los llamados “oráculos”, que no son otra cosa que terceros de confianza, sujetos que por su posición pueden garantizar que el acto o documento es cierto, identificando, además, a los sujetos (el funcionario público, en general, el notario, registrador de la propiedad o mercantil, entre otros, en particular; o, *v.gr.*, el director general respecto de un subordinado).

Básicamente se distinguen tres clases de cadenas de bloque (Legerén-Molina 2019, 178 ss.): de acceso público, abiertas y descentralizadas (*blockchain* pública); privadas, cerradas y centralizadas (*blockchain* privada o permissionada); y las híbridas, parcialmente cerradas y distribuidas (*blockchain* consorciada).

Razones obvias, entre ellas, de confidencialidad e, incluso, regulatorias, en algunos casos, invitan a pensar en las segundas de cara a nuestra hipótesis (García 2018, 29 ss.; Ibáñez 2018, 30 y 31)<sup>[695]</sup>. La confidencialidad se torna, en opinión unánime de los expertos, en el principal “talón de Aquiles” de las cadenas de bloques públicas, de suerte que la restricción de acceso a la información se torna imprescindible (Mcjohn, S.; Mcjohn, I., “The Commercial Law of Bitcoin and Blockchain Transactions”, *Uniform Commercial Code Law Journal*, Suffolk University Law School Research Paper No. 16-13, pp. 1-23, consultado en [[https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2874463](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2874463)], 2016, p. 9); sobre todo, si de lo que

se trata es, precisamente, de evitar la comisión de hechos delictivos.

Así y todo, es obvio que los problemas de protección de datos perviven incluso en una *blockchain* privada. Desde el Observatorio y Foro Europeo de la Cadena de Bloques, una iniciativa de la Comisión Europea, se sostiene que no hay incompatibilidad conceptual *-rectius*, en términos de cumplimiento- entre la cadena de bloques y el Reglamento General de Protección de Datos (RGPD)<sup>[696]</sup>, sino que todo depende del uso que se haga de ella (The European Union Blockchain Observatory and Forum (2018). *Blockchain and the GDPR* [report]. Octubre, consultado en [<https://www.eublockchainforum.eu>], 2018, p. 16). En todo caso, el mismo ente ha reconocido recientemente que las tensiones entre el RGPD y la cadena de bloque persisten, y giran principalmente en torno a tres temas: la identificación y las obligaciones de los responsables de tratamiento de datos (*data controllers*), la anonimización de los datos personales y el ejercicio de algunos derechos subjetivos (The European Union Blockchain Observatory and Forum (2020). *UE Blockchain Observatory and Forum 2018-2020. Conclusions and reflections* [report]. Junio, consultado en [<https://www.eublockchainforum.eu>], 2020, p. 40 y 41); todos de enorme relevancia en relación con el objeto del presente trabajo: baste pensar en el canal de denuncias externo e interno y sus requisitos<sup>[697]</sup>.

Conviene señalar que, obviamente, el derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal no debe implicar, *per se*, la imposibilidad de acceder a determinados datos identificativos de personas, cuando se encuentran en poder de terceros, si de lo que se trata es de identificar actividades ilícitas. En el ámbito de la Unión Europea, la reciente sentencia del TJUE de 17 de junio de 2021, advierte que el derecho comunitario no se opone a que un proveedor de acceso a internet deba dar el nombre y la dirección postal de los clientes que se descargan películas, datos accesibles a través de la dirección IP

(*Internet Protocol*), violando la titularidad de derechos de propiedad intelectual de otra empresa<sup>[698]</sup>.

Por último, no puede dejar de apuntarse el problema de reversibilidad de la cadena cuando se trata de una cadena de bloques privada. No obstante, también aquí se pueden introducir mecanismos correctores de esta disfuncionalidad: básicamente, como son el ecosistema para implementar contratos inteligentes, determinadas operaciones pueden estar supeditadas a una autorización por un nodo especial con especiales atributos<sup>[699]</sup>. Claro está que si existiera un oráculo externo independiente que hiciera funciones de árbitro, auditor o similar, este problema no existiría.

No puede cerrarse este epígrafe sin poner de manifiesto que todo esto sería posible siempre que concurra una voluntad real y efectiva de los propietarios de la empresa y del “poder societario” (en el caso español, los sujetos previstos en la letra a del art. 31 bis CP) de cumplimiento normativo, único modo de que, en caso de comisión de un hecho delictivo en su seno, pueda alcanzar efecto eximente, o atenuante, el programa de cumplimiento.

### **III. Observaciones desde los contratos inteligentes (*SMART CONTRACTS*)**

Parece conveniente comenzar por lo más obvio: los llamados contratos inteligentes se pueden implantar de diversas formas, por ejemplo, mediante código escrito en un lenguaje informático, vulgarmente conocido como programa informático (*software*).

Pueden formar parte de los propuestos “contratos legales inteligentes”, definidos como “aquellos contratos celebrados a través de una página web accesible para las partes cuya forma está constituida por la interfaz de usuario de la aplicación externa y uno o varios programas



autoejecutables (*smart contracts*) residentes en la cadena de bloques con capacidad para actuar recíprocamente con dicha interfaz” (Tur Faúndez, C., *Smart contracts. Análisis jurídico*. Madrid: Reus, 2018, p. 60). Y son aquellos, en tanto contratos electrónicos, los que deben contener consentimiento, objeto y causa, exigencias imprescindibles para que tengan tal consideración, al menos en ordenamientos como el español (Porxas y Conejero 2018, 30; Tur 2018, 79, 141 ss.)<sup>[700]</sup>.

Ciertamente, no son nuevos tipos de contratos, sino nuevas formas de instrumentalizarlos para lograr su ejecución automatizada (Porxas y Conejero 2018, 35). Son la traducción a código informático de reglas o acuerdos alcanzados entre dos o más partes para su autoejecución. En tanto son programas informáticos, reciben entradas, ejecutan una serie de acciones y provocan salidas (Mlynar, T.J.; Schaefer, I.J., “Blockchain smart contracts need a new kind of due diligence” [*newsfeed*]. *Lexology*. Marzo [En línea: [www.lexology.com](http://www.lexology.com)]).

En general, el contrato inteligente es un producto que, aun en su ámbito natural, la contratación, parece que no goza aún de la madurez y robustez que, en ocasiones, se quiere hacer ver. Incluso en el sector de la contratación comercial, “se mueve en la incertidumbre jurídica” (Foz *et. al.* 2019, 178)<sup>[701]</sup>. No obstante, parte de los problemas se reducen en el entorno de las cadenas de bloque privadas, y con el uso sobre el que hipotetizamos. Además, siempre es posible acudir a fórmulas híbridas, “que combinen previsiones en código con otras en lenguaje natural” (Foz *et. al.* 2019, 179); aunque esta solución tiene en mente la contratación, y no es nuestro caso. De hecho, también en este ámbito, los contratos inteligentes permiten intercambiar cualquier elemento de valor, y la cadena de bloques, no lo olvidemos, puede ejecutar programas o contratos (Morales 2018, 59 y 60), al punto de generar acontecimientos de muy diversa naturaleza -un negocio jurídico, un acto jurídico o simplemente un hecho jurídico,

justo lo que nos resulta de interés a nosotros- (Ibáñez 2018, p. 159 y 160; Argelich 2020, p. 12).

En una ya clásica expresión en este sector tecnológico, “los contratos siguen estando hechos de átomos (papel), no de bits (informática)” (Tapscott, D.; Tapscott, A., *La revolución blockchain*. Barcelona, Deusto, 2017, 154). Por lo tanto, solo sirven para documentar un acuerdo, pero no para materializar su ejecución. Es igualmente innegable que están pensados, como hemos apuntado, para el ámbito de la contratación. Pero en la medida en que representan la ejecución automatizada de unos acuerdos o decisiones, pueden ser útiles a la hora de diseñar e implementar programas de cumplimiento normativo.

No son la panacea, y presentan problemas. Uno nada marginal tiene que ver con la propia esencia del contrato inteligente: la necesidad de traducir las cláusulas o condiciones a lenguaje informático. Siendo así, surge la duda sobre la correcta traducción, de modo que las partes deben no solo negociar las cláusulas sino también su versión digital. En un marco de relaciones asimétricas, con prevalencia de cláusulas generales de contratación impuestas, obviamente esto es un problema. Y no es el único relevante: baste pensar en términos y expresiones propios del tráfico jurídico y de la contratación muy difícilmente convertibles, por no decir imposible, en tanto precisan una interpretación que ni el estado actual de la inteligencia artificial puede proporcionar. Es el caso de expresiones como buena fe o diligencia debida.

En efecto. Después de que las partes negociadoras acuerden los términos de un acuerdo, parte de estos términos deben ser convertidos en un contrato inteligente; es decir, se le da a un programador informático para que cree el código del contrato inteligente. Siendo así, ¿cómo saben las partes si los términos acordados fueron programados correctamente?<sup>[702]</sup> A ello se une el incremento de costes, dada la necesidad de incorporar al programador, aun cuando una de las supuestas ventajas de

estas tecnologías es el abaratamiento que supone la no intermediación (Ruiz Gordillo, F.M., “Análisis jurídico de las características de los *smart contracts* en los servicios de tecnología financiera”, *Praxis Legal*, nº 56, 2021, p. 11 ss.).

Trayendo a nuestro marco de interés estos problemas, ciertamente algunos de ellos no son relevantes para nosotros. Así, el uso que nos planteamos de los contratos inteligentes no es el genuino, donde se encuentran dos partes que quieren establecer un acuerdo de voluntades contraprestacional. Nos interesa, sobremanera, su modelo de conformación: la sentencia condicional de programación *if/then*: si sucede P, entonces Q. Y ello pensando en la ejecución automática de la consecuencia Q; con el añadido de los oráculos, de modo que un sujeto con autoridad validadora o entidad reguladora o registral interviene autorizando/certificando Q.

Observamos como, aun cuando lo normal es que se asocie, como hemos dicho, a la ejecución de cláusulas contraprestacionales, donde el pago puede ser el ejemplo paradigmático, son posibles otras opciones. Así, la tarea a ejecutar “puede ser sencilla, como votar en un foro, más compleja, como ejecutar un pago por un servicio o realmente compleja como activar garantías por un préstamo, ejecutar una opción de futuro, liberar un legado o una subvención, etc.” (Echebarría 2017, 70). Es en este nivel de complejidad donde entiendo que es posible vincular tareas propias de activación de la alarma de incumplimiento con trascendencia jurídico-penal.

En otro orden de cosas, cierto que suele asociarse a la tecnología de registros distribuidos y, más en concreto, a la cadena de bloques, en tanto se implementan en este ecosistema. Sin embargo, no dejamos de admitir que no es en absoluto imprescindible. Siempre que se cumpla con una serie de características (fundamentalmente, que el mecanismo de ejecución del acuerdo de voluntades sea autoejecutable), en realidad, cualquier otro formato tecnológico es igualmente admisible y funcional

(Echebarría 2017, 70)<sup>[703]</sup>. En efecto. Somos muy conscientes de que se puede hacer sin tecnología, -como, de hecho, ha venido sucediendo-, o con otro tipo de tecnologías, las cuales también pueden aportar evidencias de que determinado trámite se realizó. La diferencia estriba en que, como se hace en una cadena de bloques, se nutre de su primordial finalidad: acreditar, es decir, de su capacidad para aportar pruebas, tal como indicamos en el epígrafe anterior -en tanto aprovecha la propiedad de inmutabilidad en donde las otras tecnologías pueden ser más vulnerables, entre ellas las *DLT* no basadas en *blockchain*-.

Decíamos que una de las ventajas de recurrir a este producto es que no es susceptible de ser modificado, su ejecución es asegurada al no permitir la vuelta atrás, y su operativa puede ser automatizada (Echebarría 2017, 71). La automatización se erige en una cuestión clave cuando lo que se busca es garantizar el cumplimiento normativo. Ciertamente es que en su concepción originaria podrían plantear el problema de la reversibilidad voluntaria, esto es, cuando una de las partes quiere incumplir. No obstante, el “derecho a incumplir” no suele estar consagrado en los sistemas legales, incluido el español (Echebarría 2017, 72). En todo caso, es precisamente el automatismo lo que provoca el interés jurídico-penal en relación con el tema que nos ocupa, que recordemos que es la implementación en los programas de cumplimiento normativo de contratos inteligentes soportados por registros distribuidos. En efecto. La posibilidad que ofrece el contrato inteligente es que elimina el elemento humano en su ejecución, de modo que se automatiza la mayoría de los procesos típicos de una empresa tradicional (Navarro Lérica 2018, 1)<sup>[704]</sup>.

Otra cuestión de relieve antes citada es la relativa a los oráculos, ya referenciados en el epígrafe anterior, y que cobran carta de naturaleza, precisamente, en este marco de los contratos inteligentes<sup>[705]</sup>. Pueden desempeñar un papel de primer orden en la neutralización del riesgo penal

de incumplimiento respecto de todas aquellas constelaciones de casos donde un elemento conformador del juicio de tipicidad está vinculado a una autoridad reguladora o registral.

Plantean varios inconvenientes. Uno de ellos es que si resulta necesaria la intervención de terceros, la administración pública correspondiente debe tener implementada estas tecnologías.

Otro es que, en la medida en que el registro distribuido permite el acceso de terceros, puede comprometerse la confidencialidad y, por ende, la privacidad (Rosales 2019, 4). Ello requiere una respuesta técnica que acote el universo del acceso, cuestión ya apuntada en el anterior epígrafe<sup>[706]</sup>.

Otro hándicap es que la función de los oráculos que pueden tener relevancia para nosotros no está soportada por una presunción *iure et de iure*. En efecto. No podemos perder de vista que los actos de dación de fe de los funcionarios públicos gozan de presunción de veracidad, pero es *iuris tantum*, de modo que admiten prueba en contrario (Rosales 2019, 5). En general, dicho carácter de la presunción la establece en el ámbito administrativo, en el caso de la legislación española, el art. 77.5 Ley 39/2015<sup>[707]</sup>:

“Los documentos formalizados por los funcionarios a los que se reconoce la condición de autoridad y en los que, observándose los requisitos legales correspondientes se recojan los hechos constatados por aquéllos harán prueba de éstos salvo que se acredite lo contrario”.

De resultas, por supuesto que la intervención de fedatarios públicos aporta un plus al dato registrado en la cadena de bloques, pues tienen un valor añadido, pero puede ser combatido, en sede administrativa y en sede judicial. A ello se une el valor añadido que supone compartirlo, pues visualiza el esfuerzo de la organización para ganar transparencia, y alivio frente a eventuales derivación de responsabilidades.

Cuestión distinta es que se le pretenda otorgar un especial valor jurídico *erga omnes*, en línea con el pensamiento “*code is law*” (Lessig, L., *Code and Other Laws of Cyberspace*. Nueva York: Basic Books, 1999, p. 5 ss.). Eso es insostenible en el marco de un Estado democrático de Derecho. Dicho de otro modo, el principio de libertad contractual de las partes -o de autonomía de la voluntad-tiene el recorrido que tiene, y en el caso español, el art. 1.255 CCi es bien claro al respecto: “Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, *siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público*”.

#### **IV. Observaciones sobre los programas de cumplimiento (*COMPLIANCE PROGRAMS*)**

Un programa de cumplimiento no tiene que abarcar solo y exclusivamente la normativa legal que resulte de aplicación, sino que puede abarcar, y de hecho, se propone que abarque, la normativa interna del ente, los principios de aplicación voluntaria, así como los estándares de comportamiento exigidos<sup>[708]</sup>. La eventual materialización de los riesgos de incumplimiento de normativa distinta a la de obligado cumplimiento por reenvío del tipo penal correspondiente, puede conllevar una sanción administrativa, así como consecuencias reputacionales que afecten muy seriamente a las finanzas de la empresa, cuando no su propia supervivencia, pero nunca sanciones penales.

No obstante lo anterior, en tanto el objeto de nuestras reflexiones son, en concreto, los programas de cumplimiento normativo como instrumento de exoneración o, en su caso, de aminoración, de la responsabilidad penal, esta no puede derivar, como debe resultar obvio, del incumplimiento de estándares de comportamiento previsto

en “normas” técnicas tipo ISO, o su adaptación local, normas UNE en el caso español, elaboradas por la Asociación Española de Normalización, o normas UNE-EN, si provienen del ámbito europeo. De entrada, entrecomillamos normas porque, ciertamente, no pasan de ser protocolos estandarizados sobre procesos o procedimientos, de modo final que una empresa obtiene la certificación de acomodación de aquellos a dichos protocolos, la cual es emitida por una entidad certificadora en tanto la mercantil supera la correspondiente auditoría. Ciertamente es que las auditoras están sometidas a una normativa y control público, pero no dejan de ser empresas privadas que prestan servicios a otras.

Como un programa de cumplimiento debe tener previsto, como uno de sus contenidos, su revisión periódica, esta puede resultar certificada por una empresa que audita el programa. Y claro está que, en tanto se exige que su aplicación sea real y efectiva, si pretende desplegar sus efectos en el ámbito jurídico-penal, que una empresa imputada/investigada tenga tal certificación, podría resultar conveniente, dicho en términos hipotéticos. Pero tampoco se le puede otorgar mayor trascendencia: “estampar un sello no puede tener la virtualidad de eximir a una empresa de responsabilidad jurídico-penal”<sup>[709]</sup>.

Por último, se apunta -aunque referido al sector bancario, si bien extensible al resto de sectores- que la función de cumplimiento hay que considerarla como una pieza clave de la estructura organizativa de las entidades. Ello es así en tanto es posible vincular directamente dicha función al gobierno corporativo, esto es, al consejo de administración y a la alta gerencia (De la Mata 2014, 3 y 7). Esto explica que el primer “hecho de conexión” en la arquitectura de la imputación de responsabilidad criminal a un ente colectivo sea lo que en alguna ocasión he denominado “poder directivo”; en el caso español, los sujetos previstos en la letra a) del art. 31 bis CP. Y también explica que sea el hecho de conexión predominante en las

sentencias condenatorias, al menos en España<sup>[710]</sup>. Este dato tiene una trascendental relevancia práctica, como debe resultar evidente, en orden al tema que nos ocupa.

## V. Ejemplos de implementación

En el sector del derecho de sociedades y del mercado de valores, las cadenas de bloque permiten implantar registros internos inteligentes, apoyados, precisamente, en contratos inteligentes, que automatizan el cumplimiento de la normativa societaria; registro de acciones y participaciones; inscripción y modificación de datos registrales; diligencias propias de la vida ordinaria de la mercantil (convocatorias y sus notificaciones, delegaciones de voto, etc.); ejercicio de los derechos políticos (fundamentalmente, derecho de información) y de los derechos económicos (Ibáñez Jiménez, J.W., *Blockchain: primeras cuestiones en el ordenamiento español*. Madrid: Dykinson, 2018, p. 172; Blanco Sánchez, M.J., “Convocatoria de junta general y medios electrónicos: especial consideración de la normativa vigente y la tecnología *blockchain*”, en *Revista de Derecho del Mercado de Valores*, nº 26, pp. 1-14).

Todo esto hay que ponerlo en relación con los delitos societarios y sus delitos instrumentales, caso de las falsedades; la administración desleal (con tipificación autónoma y extramuros de los delitos societarios en el Código Penal español); las insolvencias punibles (*v.gr.*, actos de disposición de activos patrimoniales en perjuicio de los acreedores); etc.

En relación con el Derecho Mercantil, destaca, en general, el cumplimiento de las normativa contable y procesos de auditoría. Sin duda, la cadena de bloques va a tener impacto en el sector de la contabilidad, y en la gestión del documento.



Un registro es de confianza en tanto sea exacto, fiable y auténtico. Si las operaciones comerciales de la empresa emplean contratos inteligentes en el ecosistema de la cadena de bloques, es posible visualizar el impacto en el programa de cumplimiento de la empresa, ¿al punto de poder llegar a ser calificada su actividad final de colocación en el mercado de su producto como “riesgo débil”, p.ej.?

Esto hay que ponerlo en relación con los delitos societarios y sus delitos instrumentales, y con las falsedades, así como en los delitos contra la Hacienda Pública, y sus delitos instrumentales, caso del delito contable.

Respecto al Derecho Financiero y Tributario, podemos pensar en parte del proceso generador de tributos; sobre todo, en casos de inversiones transfronterizas.

Lógicamente, esto se relaciona con los fraudes tributarios y sus delitos instrumentales.

En cuanto al Derecho Administrativo, todo lo relativo a la protección de datos, contratación pública, licencias, tributos locales, etc.

La amalgama de delitos es amplio en este caso: prevaricaciones, cohechos, tráfico de influencias, etc., en unos casos como autores y en otros como partícipes, además de los delitos susceptibles de ser cometidos incumpliendo la normativa de protección de datos.

En materia de cumplimiento regulatorio, destaca, en primer lugar, las auditorías financieras. En efecto. La cadena de bloques ya tiene impacto en sector de la auditoría, y una de las piezas claves de un programa de cumplimiento normativo es la certificación y las auditorías periódicas (Argañaraz *et al.* 2019, 10 ss.). En este sentido, entre más estén mecanizadas las decisiones (*smart contract*) permitiendo su trazabilidad (*blockchain*), más robusta será la auditoría (*compliance*).

La auditoría ya experimentó un cambio relevante con la transición del modelo de auditoría tradicional al de auditoría basada en el riesgo. Ello permite una mayor

atención al negocio (sus nichos de mercado, la competencia, etc.) y a los riesgos para lograr sus objetivos. En tanto un foco de atención son los riesgos, el análisis de la efectiva implementación de los programas de cumplimiento que la empresa pueda tener se torna esencial. De este modo, el riesgo de fraude se convierte en este nuevo modelo de auditoría basada en el riesgo en un elemento central. Y aquí aparecen las cadenas de boque y los contratos inteligentes: se accede a información segura e inmutable, sin intervención de terceros, de modo que la opinión del auditor será más precisa y sólida. De hecho, puede desaparecer el muestreo y abordar la universalidad de la información, el llamado análisis holístico (Argañaraz *et al.* 2019, 10 ss.).

Queda para el final todo lo relacionado con el blanqueo de capitales en relación con determinados criptoactivos. En este punto, por razones de economía de espacio, remito a Navarro Cardoso (2019, 1 ss., 18 ss.).

Si acaso, un dato. Es un hecho que se utilizan ya criptomonedas en el sector inmobiliario. Inmediatamente, se vienen a la mente, en términos delictivos, las defraudaciones tributarias y el blanqueo de capitales. Pues bien, se trataría de realizar las operaciones con la incorporación de contratos inteligentes en la ejecución de la resolución del contrato de compraventa, lo que permitirá ajustar la evaluación del riesgo y su plasmación en el mapa de riesgos.

De manera genérica, el conocimiento de la identidad digital, “sumado a la completa trazabilidad de las operaciones de inicio o fin, permite la monitorización y detección de actividad sospechosa, y propicia también una fácil incorporación de organismos que puedan auditar la información en tiempo real y de ese modo imposibilitar el fraude” (Díez García, D.; Gómez Lardies, G., “Banca y blockchain: ¿pioneros por necesidad?”, en Preukschat, A. (coord.), *Blockchain: la revolución industrial de internet*. 8ª edic. Barcelona, Gestión 2000, 2019, p. 42).

En definitiva, allí donde se han identificado concretos sectores económicos donde el cumplimiento normativo permite, o puede permitir, el despliegue de estas tecnologías, puede hacerse el ulterior esfuerzo de analizar los mapas de riesgo de incumplimiento no delictivos para, a continuación, incluir los penales; cuando no directamente, si el programa de cumplimiento incluye los riesgos penales, analizar los procesos y procedimientos en los que queda implementar estas tecnologías. Al final, de lo que se trata, recordemos, es de aprovecharse de la funcionalidad probatoria que tienen.

## **VI. A modo de conclusiones**

Además de contribuir a la promoción de una cultura de cumplimiento, de una ética empresarial, de la reputación, y, claro está, de auxiliar a evitar la comisión de hechos delictivos, la implementación de estas tecnologías en el diseño y ejecución de los programas de cumplimiento normativo pueden aportar valor añadido en la gestión de la empresa. Entre otras, obliga a revisar sus procesos y procedimientos, fomenta el trabajo colaborativo y la comunicación interna, así como la cultura de la innovación (Benítez Palma, E., “Nuevas tecnologías y compliance: el cumplimiento normativo como función de innovación”, en Campos Acuña, C. (dir.), *Guía práctica de compliance en el sector público*. Madrid: Wolters Kluwer, 2020, p. 701 ss., en relación al sector público; Saiz Peña, C.A., “La transformación digital y la función de compliance”, *La Ley compliance penal*, nº 4, 2021, p. 2).

Bien es verdad que, del mismo modo que la inteligencia artificial no es la panacea para arreglar los problemas del mundo (Centre for Public Impact, *How to make AI work in government and for people* [report]. Octubre [En línea: <https://www.centreforpublicimpact.org>. Último acceso: junio de 2021], 2018, p. 5), tampoco lo es la cadena de

bloques ni los contratos inteligentes para arreglar los problemas de cumplimiento y buenas prácticas en las empresas<sup>[711]</sup>. Claro que se puede hacer sin estos recursos tecnológicos, o con otros, de modo que tal vez sea un tanto exagerado cuando de ellas se habla recurrir a esa expresión tan de moda -si no ya un mantra- como es “disruptiva”<sup>[712]</sup>. Pero, qué duda cabe, aportan innovación a las organizaciones, la impulsan; incluido en este sentido el sector público<sup>[713]</sup>.

Otro aspecto destacable es que permiten poner el acento en la prevención. Como dicen los tratadistas y las consultoras, parte del éxito reside en hacer prevalecer la proactividad frente a la reactividad: advertir el riesgo versus reaccionar una vez materializado (Benítez 2020, 704)<sup>[714]</sup>.

La innovación y el desarrollo son permanentes fuentes de tensión para el Derecho: lo obligan a redefinir categorías o, incluso, a generar nuevas. Es cierto que, en ocasiones, los desafíos son más aparentes que reales. Sin ir más lejos, en general los contratos legales inteligentes encuentran acomodo, por ejemplo en el caso de España, en su Código Civil, como se encarga de advertir la doctrina que se ha ocupado del tema (Echebarría 2017, 72 ss.).

Se recuerda con frecuencia que la actividad regulatoria puede desplegar un cierto efecto inhibitorio de la innovación y del desarrollo de nuevos escenarios para la actividad empresarial y financiera (Navarro Lérda 2018, 2). Pero es de todo punto imprescindible. Promover el imperio del “*code is law*” es olvidar que, al menos en el seno de las sociedades democráticas, el Derecho no es una carrera de obstáculos, sino la máxima expresión de garantías -de libertad en un entorno de seguridad-: el Derecho como conquista<sup>[715]</sup>. Además, el Derecho en sí es tecnología en estado puro: resuelve problemas ontológicos (hechos con relevancia penal, en nuestro caso) conforme a unas reglas axiológicas (Código Penal, Ley de Enjuiciamiento Criminal, ...) que deben responder a una lógica intrasistemática (la

Teoría del delito, en nuestro caso) y extrasistemática (el Derecho Penal en relación al resto del ordenamiento jurídico). Y, por cierto, se despliega en comunidades de redes con expresiones normadas como pueden ser los diarios oficiales<sup>[716]</sup>.

Son muchas las preguntas sin respuestas. De entrada, porque no está ni mucho menos cerrado el debate en torno a las formas que terminará adoptando la tecnología de la cadena de bloques, ni cuándo (Preukschat y Molero 2019, 20; Swartz 2017, 131 ss.). Deberán ser, pues, los técnicos los que deben aclararnos cuál es el ecosistema más apropiado para hacer cumplimiento normativo. Podemos intuir, o afirmar, algunas ventajas -p.ej., la inmutabilidad cuando el origen del *token* se encuentra en el código fuente (Rosales 2019, 5); su operatividad precisamente cuando no hay confianza plena en la totalidad de las partes, si bien pueden mantener un consenso sobre la existencia, estado y evolución de una serie de factores compartidos (Preukschat y Molero 2019, 23)- y algunas desventajas -v.gr., el problema de las bifurcaciones en la cadena de bloques del bitc in (Legerén-Molina 2019, 182, n. 8), inadmisibles si se quiere hacer cumplimiento-<sup>[717]</sup>. Preguntas que se formulan desde el mundo jurídico deben invitarnos a la reflexión sobre la virtualidad material de la hipótesis que formulamos; sin olvidar que, de hecho, mucho del futuro de las cadenas de bloques no pasan de ser hoy meras hipótesis.

A lo anterior se suma la incertidumbre de la pandemia y, en su caso, postpandemia, provocada por la enfermedad *COVID-19*. Digo en su caso porque aún está por ver la concreción de la llamada “nueva normalidad”, pues mientras haya nuevas variantes y, sobre todo, continentes enteros sometidos a la expansión del coronavirus y su consiguiente enfermedad, difícilmente puede hablarse en rigor de postpandemia. Lo que parece vaticinarse es que no se trata de una entelequia. De este modo, las empresas por supuesto que se enfrentan a nuevos retos, nuevas

tensiones, y, de resultas, nuevos riesgos, incluidos, claro está, los de incumplimiento. Como se indica desde el sector del *compliance*, “los grandes objetivos de las empresas siguen siendo los mismos, pero la manera de conseguirlos ha cambiado” (Saiz 2021, 4). Y entre los factores que inciden en el campo de juego del cumplimiento normativo por mor de la pandemia, “la propia Transformación Digital de diversos procesos en las empresas hace necesaria una reevaluación de los riesgos asociados a esa nueva operativa” (Saiz 2021, 41). Al margen de la representación significativa que puedan tener en los mapas de riesgos, me permito destacar dos: uno, la disminución de las situaciones de abuso y acoso presencial por mor del teletrabajo, puede hacer aumentar el ciberacoso. De hecho, una reciente sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo español admite la “intimidación digital” o “ciberintimidación” (STS, Sala de lo Penal, 447/2021, de 26 de mayo)<sup>[718]</sup>. Y dos, la disminución de denuncias internas al decrecer la presencialidad y, por ende, el contacto con la empresa, incrementa el valor de los canales de denuncia -al margen del impulso que la propia legislación en esta materia provoca, caso de la ya citada Directiva en el marco de la Unión Europea-.

Este documento solo tiene la vocación, advertida desde el inicio, de invitar a tecnólogos y juristas a profundizar en las bondades de determinado avance científico desde un punto de vista aplicado, que no teórico. La cadena de bloques, más allá del bitc3in, parece que puede ofrecer seguridad jur3dica en un entorno de seguridad tecnol3gica -sin desprestigiar las dudas ni los inconvenientes-. En este sentido, me resulta harto elocuente el t3tulo de un conocido trabajo en este sector tecnol3gico, *Bitcoin: it's the platform, not the currency, stupid* (Duivestein y Savalle 2014). Quedan muchas preguntas. De hecho, ¿qu3e va a quedar de todo esto con la computaci3n cu3ntica?

# LA TIPIFICACIÓN DEL LAVADO DE ACTIVOS EN EL PARAGUAY. UN ANÁLISIS DEL ART. 196 DEL CÓDIGO PENAL

Ricardo Preda Del Puerto\*

## I. Introducción

En las evaluaciones al Paraguay por parte de GAFILAT, en los años 2008<sup>[719]</sup> y 2022<sup>[720]</sup> se han hecho varias observaciones al art. 196 de nuestro Código Penal (CP), entre ellas, que supuestamente no cubre los estándares de la *Recomendación 3*<sup>[721]</sup>.

Como un inicio para demostrar que esas conclusiones no son totalmente acertadas<sup>[722]</sup>, este trabajo describirá los elementos que conforman la tipicidad del “Lavado de activos” (LA) en el CP paraguayo, así como algunas pautas relevantes para su interpretación. Para tal efecto se considerará la doctrina extranjera y el derecho comparado; en especial, la que tiene su origen en Alemania, pues el Código Penal alemán (StGB) es una fuente relevante del Código Penal Paraguayo. Igualmente recurriré a la doctrina nacional y a la jurisprudencia de los órganos jurisdiccionales del país, pues finalmente, éstos son quienes terminan definiendo lo punible de lo no-punible.

Finalmente se harán unas consideraciones con relación a las observaciones del GAFILAT en cuanto a la supuesta insuficiencia del art. 196 del CP. Esto delimitará si

Paraguay cumple con los estándares internacionales en cuanto al castigo del hecho punible de Lavado de dinero. Creo firmemente que el art. 196 del CP, incluso antes de la modificación del 2019, ya cubría los aspectos fundamentales sobre el Lavado de dinero (activos), en especial a la descripción de las conductas señaladas. Espero que el trabajo represente una herramienta no sólo para la interpretación del art. 196 del CP, Lavado de activos, sino además, para motivar a que se realice un análisis crítico de las recomendaciones internacionales y sus alcances.

## **II. La aparición del Lavado de dinero en la legislación paraguaya**

En un trabajo anterior, habíamos señalado que la primera norma en Paraguay que hizo referencia a la represión de conductas tendientes a legitimar bienes con origen ilícito fue la ley 16/90 que ratificó la Convención de Viena de 1988<sup>[723]</sup>. Sin embargo, al realizar una investigación para una tesis de master, advertí que ya en la ley 1340/88<sup>[724]</sup>, promulgada en noviembre de 1988 (antes de la Convención de Viena) se incluyó un hecho punible en el artículo 44<sup>[725]</sup>, que si bien tiene una enunciación confusa, cubre conductas sobre el producto de la comercialización ilícita de las sustancias o materias primas de las que trata la ley Antidrogas.

Este artículo 44 está dentro de un capítulo denominado “*Del tráfico ilícito y delitos conexos*”, en el cual se encuentran conductas de encubrimiento y otras de pertenencia a una organización criminal vinculada al narcotráfico. Castiga tres hipótesis, comerciar, intervenir de alguna manera o beneficiarse económicamente del producto de la comercialización de drogas o sus materias primas. Así por ejemplo, sería punible quien venda un



objeto que proviene de la venta de drogas. También lo sería aquel que recibe el lucro por ello. Pero con la entrada en vigor del CP la validez de dicho artículo es discutible.

Ahora bien, influida por la Convención de Viena de 1988, nuestra Constitución de 1992 en su artículo 71 ordenó al legislador reprimir los actos destinados a la legitimación del dinero proveniente de la producción y tráfico de drogas peligrosas y sustancias estupefacientes<sup>[726]</sup>. Es decir, en Paraguay el castigo del Lavado de dinero producto del narcotráfico es un mandato constitucional. No obstante, recién con la promulgación, el 10 de enero de 1997, de la ley 1015/96, se tipificó el Lavado de dinero como un hecho punible<sup>[727]</sup>. Aunque debemos convenir que el delito contemplado en ella no fue aplicado a ningún caso, debido a su derogación por la ley 1160/97, Código Penal<sup>[728]</sup>.

El art. 3 de dicha ley tipificaba el Lavado de dinero<sup>[729]</sup> y el art. 4 la sanción<sup>[730]</sup>. La ley 1015 también contiene normas de prevención, las cuáles con algunas modificaciones incorporadas en el año 2009 por la ley 3783<sup>[731]</sup> y en 2019 por la ley 6497<sup>[732]</sup> siguen vigentes hasta hoy. La Ley 1160/97, Código Penal<sup>[733]</sup>, previó el Lavado de dinero en su artículo 196. En el año 2008 se promulgó la ley 3440<sup>[734]</sup>, la cual modificó el Código Penal y entró en vigor el 16 de julio de 2009, un año después de su promulgación. Finalmente, la última modificación del art. 196 se produjo en el año 2019, con la ley 6452<sup>[735]</sup>.

### **III. Análisis del artículo 196 del Código Penal Paraguay**

#### *1. Aspectos generales*

Al hecho punible del art. 196 inicialmente el legislador le dio el *nomen iuris* de “Lavado de dinero” y luego lo modificó en el 2019 (ley 6452) por “Lavado de activos”, sin

dudas que los términos no son unívocos a nivel mundial, pues en otros países el delito tiene una denominación distinta<sup>[736]</sup>. Así, por ejemplo, en España se lo conoce como *Blanqueo de Capitales*, en Italia *Riciclaggio* o en Costa Rica como *Legitimación de Capitales*; es decir, los términos que entran en consideración son: a) Lavado b) Blanqueo c) Reciclaje y d) Legitimación. También varían los términos relacionados al objeto<sup>[737]</sup>, así se habla de: 1) Dinero, 2) Activos, 3) Capitales, 4) Bienes.

El art. 196 del Código Penal tiene su fuente en el art. 190 del Anteproyecto de Código Penal, presentado por el Ministerio Público<sup>[738]</sup>, éste a su vez se inspiró en el § 261 del StGB, el cual fue incorporado al sistema penal alemán por la ley contra la Criminalidad Organizada (OrgKG) del 15 de julio de 1992 y entró en vigencia el 22 de septiembre de ese año<sup>[739]</sup>. Sin embargo, existieron algunas diferencias entre la fuente alemana y la norma paraguaya, la más importante es que el StGB previó que el autor del hecho antijurídico subyacente estaba expresamente excluido como autor del Lavado de dinero. Pues el tipo penal exigía que el hecho antijurídico proviniera de “otro”<sup>[740]</sup>.

La ley alemana para el mejoramiento de la lucha contra la criminalidad organizada del 5 de marzo de 1998, eliminó la frase “hecho antijurídico de otro”<sup>[741]</sup> y agregó un *in fine* del apartado 9 que establece: *No será sancionado de acuerdo con los apartados 1 hasta 5 quien resulte punible como consecuencia de su participación en el delito del que proceden los bienes*. Excluye en consecuencia la punibilidad<sup>[742]</sup>.

En lo demás, la versión actual del § 261 es parecida al art. 196 del CP, según texto de la ley 6452. Es decir, tanto en Alemania como en Paraguay, el Lavado de dinero es un hecho punible común, pues el autor puede ser cualquiera, tal como lo demuestra el anónimo “*El que...*” del art. 196 del Código Penal; es decir, no se requiere una cualidad especial en el autor<sup>[743]</sup>.

Si bien el art. 196 no exige una cualidad especial en el autor, es importante señalar, como vimos antes, que en Alemania no se puede castigar por Lavado de dinero al autor del hecho subyacente; sin embargo, en Paraguay el autolavado no está excluido sin más<sup>[744]</sup>.

Aunque debe analizarse caso por caso, pues podría eventualmente darse hipótesis impunes por concurso aparente<sup>[745]</sup> o por violación de la garantía constitucional del *non bis in ídem* (art. 17, inc. 4 CN), por ejemplo, si el mismo sujeto es castigado por el hecho subyacente con el correspondiente comiso y luego en otro proceso por el Lavado de activos derivado del caso anterior. La punición por el autolavado es reconocida y aceptada por la jurisprudencia paraguaya<sup>[746]</sup>. Por otro lado, la exclusión de ciertos casos de autolavado es totalmente compatible con la nota interpretativa N° 6 de la Recomendación N° 3 del GAFI.

La formulación del art. 196, resulta por demás compleja<sup>[747]</sup>. En ese sentido, se advierten la combinación de varias conductas (cinco en el inc. 1° y otras cinco en el inc. 2°) con un objeto material definido en el mismo inc. 1°. También dos de las conductas (frustrara y peligrara), se combinan con seis hipótesis parecidas a un resultado. La misma complejidad se advierte en el tipo subjetivo, el cual no sólo se castiga la conducta dolosa, sino una variante poco usual de conducta culposa<sup>[748]</sup>, pues aparte de cualificar como negligencia grave, sólo es parcialmente culposa<sup>[749]</sup>.

En el Lavado de dinero, se castiga la Tentativa en virtud al inciso 3°. Asimismo. Se agrava la pena a 10 años y se autoriza la aplicación de los arts. 57 (Pena Patrimonial)<sup>[750]</sup> y 94 (Comiso especial extensivo)<sup>[751]</sup>, cuando se actuara comercialmente<sup>[752]</sup> o como miembro de una organización para lavar dinero<sup>[753]</sup> (inc. 4°).

No importa que los objetos provengan de hechos antijurídicos ocurridos en el extranjero (inc. 7°)<sup>[754]</sup>. Aunque debe precisarse que, tal como lo ha sostenido el GAFI, la

doble incriminación se cumple únicamente con que el hecho generador de las ganancias sea delito en el lugar de comisión y en el lugar del lavado de activos, sin que se requiera que el delito fuente cometido en el extranjero sea, en dicho país, un delito previo respecto del delito de lavado de activos<sup>[755]</sup>.

Por otro lado, los incisos 8° y 9° establecen incentivos para la colaboración de los participantes. En la modificación del 2008 (ley 3440) fue incorporado al art 196 CP el inciso 10°, donde expresamente se señala que no hace falta condena previa por el hecho subyacente<sup>[756]</sup>. Aunque se debe aclarar que antes de esta modificación tampoco se requería una condena previa; y para ello bastaba una interpretación de los elementos del tipo de LA juntamente con las reglas del proceso penal vigente<sup>[757]</sup>.

En el 2019, por ley 6452 se adicionó un inciso 11°, que establece expresamente que no será punible el autolavado y tampoco la modalidad negligente del LA, si el hecho subyacente es la Evasión de impuestos (art. 261 CP).

## *2. Bien Jurídico Protegido*

En Paraguay, algunos señalan que lo tutelado es la economía pública<sup>[758]</sup>, invocándose el art. 176 de la Constitución. Sin embargo, tal afirmación parece no tener mucho sustento a la luz de la legislación vigente y sus antecedentes. Pues, por ejemplo, las conductas de peligrar o frustrar, se relacionan más a obstaculizar la actuación de la justicia, antes que la economía del país. Otro autor compatriota sostiene que el LA es un delito de “índole patrimonial” cuya función es evitar la legalización de “dinero mal habido” en detrimento de la economía nacional<sup>[759]</sup>. No existe tampoco un desarrollo profundo del asunto en nuestra doctrina<sup>[760]</sup>.

Si recurrimos a la legislación vigente y sus antecedentes, tenemos que el bien jurídico protegido es *La restitución de*

*bienes*. Una causa de la delincuencia patrimonial es la comercialización del botín<sup>[761]</sup>. Tal conclusión se demuestra con estudios realizados entre 1988 y 1995, en Inglaterra, USA y Holanda. Según éstos, el beneficio obtenido por la comisión de delitos es un incentivo importante, sino el más decisivo para la comisión de hechos punibles<sup>[762]</sup>. Por lo tanto, castigando conductas que tienden a facilitar dicho negocio, puede disminuirse la comisión de nuevos hechos<sup>[763]</sup>.

En este orden de ideas, se sostiene que es un hecho punible contra el interés en el restablecimiento del estado de legalidad<sup>[764]</sup> y la administración de justicia<sup>[765]</sup>, en cuanto atenta contra el derecho del Estado a decomisar Bienes<sup>[766]</sup>. La política parte entonces del hecho objetivo de que los bienes ilícitamente adquiridos deben ser restituidos, en orden a restablecer una legítima (transparente) y nueva distribución de bienes en la sociedad<sup>[767]</sup>.

El profesor alemán Lampe<sup>[768]</sup>, acertadamente sostiene que como bien jurídico complementario a lo señalado en el párrafo anterior, debe agregarse la circulación económica y financiera legal, las cuales deben ser preservadas de la mezcla con valores patrimoniales ilegales. La inclusión de este bien jurídico complementario, se extrae de la interpretación conjunta del art. 196 con las leyes 1015 y 3783, que regulan la prevención del Lavado de dinero, así como de tratados internacionales ratificados por el país<sup>[769]</sup>. Nótese entonces que el Lavado se trata de un delito que ataca más de uno de los bienes jurídicos consagrados en la Constitución; es decir, son de aquellos que se denominan pluriofensivos<sup>[770]</sup>.

En consecuencia, coincido con Escobar Bravo, en cuanto a que podemos identificar dos funciones del bien jurídico protegido por el art. 196 del CP, que son: 1) salvaguardar la administración de justicia, interviniendo sobre las ganancias referentes a hechos delictivos, de los cuales deberán ser privados del capital de inversión para la comisión de ulteriores delitos y por otra parte; 2)

salvaguardar a la comunidad de hechos punibles ulteriores, protegiendo la confianza en la solidez del ciclo financiero y económico legal, que tiene que ser preservado de la mezcla con los valores patrimoniales ilegales<sup>[771]</sup>.

### 3. Tipo objetivo

Entiéndase como tal, todos aquellos elementos señalados en la descripción contenida en la ley penal de la conducta hipotética conminada con sanción y que están fuera de la mente del autor<sup>[772]</sup>. En el caso del Lavado de dinero, se advierte, que sobre el objeto proveniente de un hecho antijurídico<sup>[773]</sup> son diez las conductas típicas:

Convirtiera

Ocultara

Disimulara su procedencia

Frustrara

Peligrara

Combinación de las conductas 4 o 5 con seis resultados posibles: a) el conocimiento de su procedencia o b) ubicación, c) su hallazgo, d) su comiso, e) su comiso especial o f) su secuestro

Obtuviera

Transfiriera

Proporcionara a un tercero

Guardara

Utilizara

#### 3.1 El objeto material del LA

Cualquiera de las conductas descritas en el art. 196 debe recaer sobre *un objeto proveniente de un hecho antijurídico*. Por tanto, el objeto del Lavado de dinero tiene

a su vez tres aristas a analizar, aunque no necesariamente en el orden que aparece en la frase expuesta en el CP.

Seguidamente me referiré al objeto en sentido estricto, al hecho precedente y la relación que tiene que haber entre esos dos puntos, el cual el CP señala con la palabra “proveniente”.

### 3.1.1 Objeto, en sentido estricto

El concepto objeto no debe entenderse en el sentido de cosa material<sup>[774]</sup>. Si bien esa es una de las acepciones dadas por el diccionario, en otra se refiere al fin o término de algo<sup>[775]</sup>. En tal sentido, objeto debe ser entendido como todo valor patrimonial<sup>[776]</sup>, por supuesto que también las cosas muebles e inmuebles, así como los derechos<sup>[777]</sup>.

Para reforzar la interpretación gramatical, valen también la histórica, la sistemática y la teleológica. Con relación a la primera, más arriba señalé que una de las fuentes del art. 196 del CP es el § 261 del StGB. Es así que en la doctrina alemana hay un consenso absoluto que el término “objeto” no sólo abarca las cosas, sino también los derechos. Es decir, no sólo los objetos materiales, sino también los inmateriales<sup>[778]</sup>. La exposición de motivo de la OrgKG que introdujo el Lavado de dinero en Alemania y fue la fuente principal del CP, al referirse al *objeto*, dice: “*Bienes y derechos, así, por ejemplo, bienes muebles e inmuebles, metales preciosos y piedras preciosas, fundos y derechos sobre los mismos, dinero, títulos valores y pretensiones*”<sup>[779]</sup>. Además en las discusiones del Código Penal no se advierte absolutamente ninguna intención del legislador en limitar el alcance del término.

Una interpretación sistemática nos señala que el Código Penal, cuando se refiere a los objetos tangibles, los llama “cosa”. Así por ejemplo, en el delito de daño (art 157 CP) puede ser mueble o inmueble, pero en el Hurto (art. 161 CP) sólo puede ser mueble. Así también, el Código Civil del

Paraguay nomina a los derechos como objetos inmateriales<sup>[780]</sup>, con lo cual la interpretación al interior del sistema jurídico nacional lleva a la misma conclusión, de que “objeto” en el sentido del art. 196 del CP no se limita a las “cosas”.

Finalmente, desde un punto teleológico, el bien jurídico señalado en el Código Penal refiere a la *Restitución de bienes*. y como dije antes, entran también en consideración la administración de justicia y como bien jurídico complementario se agrega la circulación económica y financiera legal. En este contexto, si con los tipos penales contenidos en el art. 196 lo que se pretende es evitar que las ganancias de ciertos ilícitos penales puedan disfrutarse, no tendría sentido limitar sólo a las cosas en sentido material. Pues como es sabido, éstas [las ganancias] se presentan indistintamente como cosas, derechos o valores patrimoniales.

### 3.1.2 Hecho precedente o subyacente

El objeto en sentido estricto, debe provenir de un Hecho antijurídico: el Código Penal lo define como la conducta que cumpla con los presupuestos del tipo legal y no esté amparada por una causa de justificación<sup>[781]</sup>. Sin embargo, esto no debe entenderse como que el LA del CP paraguayo tiene un *numerus apertus* de hechos subyacentes, tal como equivocadamente consideró un autor extranjero al analizar nuestra legislación<sup>[782]</sup>.

En realidad, en el segundo párrafo, inciso 1º del artículo 196, el Código Penal define sólo a los efectos del LA, el significado de hecho antijurídico. Nuestra legislación combina la fórmula del catálogo<sup>[783]</sup>, el umbral (numeral 2) e incluso de la pertenencia a una Asociación criminal<sup>[784]</sup> (numeral 3). En tal sentido el umbral exigido es que se trate de un crimen<sup>[785]</sup>.



Son cubiertas todas las categorías de hechos punibles, a través del umbral entran todos los crímenes (hechos graves), por medio del catálogo se incluyen gran parte de los delitos de los cuales se podrían obtener beneficios económicos. Asimismo, a través de que los hechos sean cometidos por el miembro de una Asociación criminal se cubre lo que atañe al crimen organizado. Pues no es relevante si está o no en el catálogo o si es un crimen, sino basta con que el autor sea integrante de la asociación criminal.

Un detalle relevante es que en Paraguay no se puede procesar un caso de Evasión de impuestos (art. 261 CP) <sup>[786]</sup> hasta tanto se agote la discusión administrativa de la determinación tributaria <sup>[787]</sup>. La prejudicialidad administrativa fue incorporada por el art. 2 de la ley 4064 y ratificada luego por ley 4673/12 (art. 3) impulsada por los gremios empresariales, con el acompañamiento de abogados tributaristas y contadores. Particularmente soy un crítico de la prejudicialidad administrativa absoluta, así lo expuse en un artículo académico <sup>[788]</sup> como en entrevistas periodísticas <sup>[789]</sup>.

Esto no significa que esté de acuerdo con la incorporación de la Evasión de impuestos (art. 261 CP) como precedente de Lavado de dinero, sin más. Uno de los resultados típicos de la Evasión de impuestos <sup>[790]</sup> no puede ser subyacente de Lavado de dinero. Este es lo que atañe al monto no ingresado al fisco <sup>[791]</sup>.

Existen delitos que no generan un bien a favor del delincuente, sino que le ahorran un gasto. Así sucede, por ejemplo, con la primera variante del resultado de la Evasión de impuestos (art. 261 CP). En éste, no es posible individualizar dentro del patrimonio del autor la parte que corresponde al egreso no realizado como consecuencia del delito. Individualizar una parte equivalente del patrimonio como el gasto ahorrado con el delito o decir que todo el patrimonio del autor está contaminado, resultaría cuanto menos arbitrario. Por esta razón, tal y como está prevista la

tipificación del delito de lavado de activos, este delito sólo podrá aplicarse a los activos procedentes de delitos que generan un incremento patrimonial individualizable <sup>[792]</sup>.

Sobre el otro resultado, la obtención de beneficios impositivos, sí es posible incorporarlo como precedente<sup>[793]</sup>. Pues la devolución indebida de impuestos implica el ingreso al patrimonio de un objeto con un origen ilícito. Sobre la discusión de que la Evasión de impuestos debería o no ser subyacente del LA, la doctrina no es pacífica<sup>[794]</sup>.

### *3.1.3 Proveniente*

El elemento “proveniente” alude primeramente a la relación de causalidad que debe mediar entre los otros dos componentes de la fórmula que describe el objeto del lavado: el bien y el hecho antijurídico precedente. Dicho de otra manera, para poder afirmar que un objeto proviene de un determinado hecho antijurídico debe existir una relación de causalidad<sup>[795]</sup>.

La necesidad de causalidad se desprende ya del propio tenor literal (“provenir” significa “nacer, originarse, proceder de un lugar, de otra persona, de otra cosa, etcétera), pero también se halla en consonancia con la finalidad de la ley de incluir en el objeto no sólo los bienes que derivan directamente del delito (originarios), sino también los que proceden mediatamente de él, es decir, aquellos que entran en el patrimonio en lugar del bien originario (subrogantes) o a consecuencia de él (frutos y ganancias). De todos ellos puede decirse, desde un punto de vista causal, que proviene de un hecho ilícito<sup>[796]</sup>.

Aunque si sólo se tomará el nexo causal, se podría considerar que todo el mercado estaría inundado con bienes contaminados. Aunque esto no sería el efecto perseguido por una norma, menos aún que uno de sus fines es justamente preservar el funcionamiento del orden económico y financiero<sup>[797]</sup>.

Distinto es el caso de los llamados *instrumenta sceleris* (si bien pueden ser objeto de comiso) Los instrumentos del delito, son aquellos que se utilizan para cometerlos; pues son preexistentes al hecho antijurídico. Por ejemplo, el dinero utilizado para el Soborno (art. 302 CP) Aunque una minoría de la doctrina alemana y una sentencia de una de las Salas del Tribunal Supremo Alemán (BGHSt 53, 205), la cual concluyó que si bien era necesario el nexo causal entre el bien y el hecho previo, no era obligatorio que hubiera obtenido el bien a partir del delito, sino que bastaba que, desde una perspectiva económica, el bien pudiera ser reconducido causalmente a él [798].

¿Podría sostenerse un caso de Lavado cuando el hecho antijurídico precedente ha prescrito?[799]. Particularmente considero que sí es posible. Pues según el sistema penal paraguayo, la prescripción no impide la aplicación del comiso o la privación de ganancias (ver arts. 101 y 96 CP). Y justamente algunas de las conductas son frustrar o peligrar la aplicación de una de esas consecuencias accesorias previstas en el CP. Nótese que si se sostuviera lo contrario, no sería coherente con la protección del bien jurídico Administración de justicia o la restitución de bienes.

Es decir, Bajo la frase Proveniente de un..., se incluye también todo aquello que ingresa en lugar del objeto originalmente obtenido. Incluso luego de muchas acciones de intercambio o transformación[800].

### 3.2 Las conductas previstas

En cuanto a las conductas descritas, existen varias hipótesis, diez en total. En el inciso 1º, se encuentran cinco y en el inc. 2º otras cinco.

Las cinco conductas previstas en el inc. 2º del art. 196 son claramente conductas neutrales. En el mundo moderno, el contacto social se da de innumerables formas.

Muchas veces incluso de manera impersonal y remota. Estas actividades son consideradas inocuas socialmente; sin embargo, el ciudadano puede verse involucrado en la comisión de un hecho punible. A esto es lo que se denomina *conductas neutras*. Aunque debe aclararse que la neutralidad no se refiere a que la conducta no sea objeto de valoración, sino que alude al espacio de libertad de un sujeto, en cuanto a que sus actos no le sean imputados objetivamente<sup>[801]</sup>.

Existe una tendencia inclinada a sostener que la finalidad político-criminal del delito de lavado de activos, como mecanismo para desincentivar la criminalidad lucrativa, es hacer que el delincuente “se siente en sus millones” sin que pueda disfrutarlos. En consecuencia, cualquier operación que se haga conscientemente con capitales de procedencia delictiva daría pie a un delito de lavado de activos<sup>[802]</sup>. Las conductas previstas en el inc. 1º como en el 2º no están exentas de críticas<sup>[803]</sup>.

### 3.2.1 *Convirtiera*

Esta conducta fue incorporada en el año 2019 por la ley 6452. La conversión podría ser definida como mudar o volver una cosa en otra. En consecuencia, conversión se trata de la transformación, mutación, cambio, trueque o permuta de bienes que proceden de un delito grave en otros de distinta naturaleza<sup>[804]</sup>. Esta conversión puede ser material o inmaterial, un ejemplo de la primera sería la fundición de joyas de oro en lingotes. Por otro lado, el depósito de los billetes en una cuenta bancaria (la cual se convierte en un derecho) es un ejemplo de la conversión inmaterial, la cual es más frecuente. También serían hipótesis de ésta, el cambio de billetes por inmuebles o muebles<sup>[805]</sup>.

### 3.2.2 Ocultara

Es cada actividad que dificulta el acceso al objeto a los órganos de la persecución<sup>[806]</sup>. Se caracteriza por la colocación del objeto en un lugar no usual o por “cubrirlo” de algún modo. Esto se entiende también en esconder desde un punto de vista jurídico; por ejemplo, se utiliza una empresa para que los fondos de origen ilícito se depositen en él<sup>[807]</sup>.

En Paraguay, bajo la hipótesis de ocultar, se han condenado conductas tales como la de un sujeto, que transfirió desde la cuenta de una organización, el dinero producto de un hecho punible contra el patrimonio, a la cuenta conjunta con su esposa, para luego comprar un inmueble con ese dinero<sup>[808]</sup>.

### 3.2.3 Disimulara

Disfrazar u ocultar algo, para que parezca distinto de lo que es. En tal sentido, Disimular la procedencia puede entenderse como Dificultar, por medio de maniobras conducentes a error, la prueba de que el objeto proviene de un hecho antijurídico del catálogo. Conferirle a un objeto la apariencia de una procedencia legal<sup>[809]</sup>.

### 3.2.4 Frustrara

Dejar sin efecto un propósito contra la intención de quién procura realizarlo, así Frustrar el conocimiento de la procedencia es llevar al fracaso de los actos de los respectivos actos del procedimiento. Del mismo modo, también se puede frustrar el Hallazgo<sup>[810]</sup>, el comiso (art. 86 del CP), la privación de ganancias o comiso especial (arts. 90 y 94 del CP)<sup>[811]</sup>, y el secuestro (art. 193 CPP).

### 3.2.5 Peligrara

*Peligrar* es crear una situación, cuyo desarrollo permite suponer seriamente el fracaso del acto, pero que por una determinada circunstancia el fracaso no se da<sup>[812]</sup>. El peligro debe darse sobre las mismas hipótesis señaladas en el apartado anterior. Básicamente es dificultar la identificación del origen ilícito y dificultar su incautación y decomiso, obstaculizando de este modo la investigación y sanción del delito precedente<sup>[813]</sup>.

Se condenó a una persona a quien su cuñada le transfirió un inmueble, que justamente en el marco de un juicio por Lavado de dinero, donde ésta fue condenada, se había ordenado la privación de ganancias o comiso especial<sup>[814]</sup>.

### 3.2.6 Obtuviera

Esta conducta deviene del verbo “obtener”, que significa alcanzar, conseguir y lograr algo. El autor adquiere, con motivo de una transmisión acordada, un dominio efectivo propio y un poder de disposición de la cosa, con la consecuencia de que el autor previo pierde toda posibilidad de actuar sobre la cosa<sup>[815]</sup>.

### 3.2.7. Transfiriera

Esta conducta también fue incorporada recién en 2019 por la ley 6452 y podría entenderse como llevar una cosa de un lugar a otro, transmitir o traspasar, de manera que “transfiriera” alcanza el traslado de bienes y su transmisión a terceros<sup>[816]</sup>.

### 3.2.8. *Proporcionara a un tercero*

Una de las acepciones de *proporcionar* es poner a disposición de alguien... Refiriéndose al objeto proveniente de un hecho antijurídico, sería transmitirle a otro sujeto. Es la entrega de un objeto a otro<sup>[817]</sup>.

### 3.2.9 *Guardara*

Según una interpretación gramatical, es poner algo donde está seguro. Conservar o retener algo. Incluye la custodia, conservación, depósito. Esto podría pasar con los que prestan algún servicio de guarda en sus instalaciones. El autor no necesita ejercer un poder de disposición autónomo sobre el objeto<sup>[818]</sup>.

### 3.2.10 *Utilizara*

Por *utilizara* tiene que entenderse el aprovecharse de algo, todo uso o empleo de objetos provenientes de un hecho antijurídico, pero que no implique un cambio de la titularidad. Considerando todas las otras conductas analizadas previamente, quedaría muy poco espacio para otorgar a la utilización un ámbito propio de aplicación. Estas conductas neutrales parecen más herramientas para sortear obstáculos probatorios<sup>[819]</sup>.

## 4. *Tipo subjetivo*<sup>[820]</sup>

Sobre esta base, se advierte de la lectura del art. 196 incisos 1º y 2º, en concordancia con el art. 17 inc. 1º,

ambos del CP, se requiere que el autor obre con dolo. Basta en este sentido el dolo eventual<sup>[821]</sup>. En una posición contraria, un autor nacional<sup>[822]</sup> señala que se requiere dolo directo, aunque no explica de qué bases parte para arribar a tal conclusión. De hecho, tampoco la encontraría, pues en la sistemática del Código Penal, el legislador cualifica los tipos de dolos directos con palabras tales como: “a sabiendas”, “conscientemente” o “intencionalmente”, las cuales no se advierte en el Lavado de dinero. Sobre esta base, debe ser descartado por completo la afirmación de que el Lavado de dinero contiene un dolo cualificado<sup>[823]</sup>.

Si bien el inc. 5° señala que también se castiga cuando el autor actúa con *negligencia grave* en cuanto al conocimiento del origen del objeto. Pero esto no lo convierte en un delito plenamente culposo. Pues debe entenderse que con relación a las conductas desplegadas el actuar debe ser doloso. Así, por ejemplo, en la hipótesis de la primera conducta tipificada en el art. 196 del CP, el autor debe conocer qué está ocultando un objeto, aunque no conozca el origen del mismo por negligencia grave. La regla tiene en realidad una motivación procesal, pues ante la dificultad probatoria sobre el conocimiento del origen, el legislador incorpora la punibilidad de la negligencia grave<sup>[824]</sup>.

Actúa en el sentido de la disposición, quien no atiende o no reconoce aquello que para cualquier persona saltaría a la vista<sup>[825]</sup>. Es un comportamiento que presenta un alto grado de negligencia al descuidar la posibilidad de realización típica, que se impone al autor, por especial ligereza o por especial indiferencia<sup>[826]</sup>. Incluso, acá podrían entrar en consideración casos de ignorancia deliberada<sup>[827]</sup>.

Un asunto muy importante también es en lo que atañe al momento en donde se exige el conocimiento de la procedencia. En el caso del inc. 2° del art. 196, se exige que el guardador o el que utiliza el objeto, conozcan el origen ilícito al momento de obtenerlo. Si ha obtenido el



conocimiento con posterioridad, la conducta no será típica, pues existe una limitación a la amplitud del tipo<sup>[828]</sup>.

El Lavado de dinero, tal como está legislado en el Paraguay no requiere un elemento subjetivo adicional, tal como está previsto en la Convención de Viena de 1988 y en algunas legislaciones, como la española<sup>[829]</sup>.

## **IV. Recomendaciones de GAFILAT y su análisis**

En lo atinente a las conductas castigadas, los evaluadores señalaron en el informe de 2008 que en Paraguay deberían incluirse la “conversión”, “posesión”, “transferencia” o la “adquisición”. Así como la de “ayudar a una persona involucrada en la comisión del delito subyacente evadir las consecuencias jurídicas de sus actos”. La afirmación no tiene sustento alguno, pues el hecho que las palabras no se encuentren, no implica que esas hipótesis no estén previstas. Los evaluadores parecen creer que la palabra, mágicamente contiene al objeto que ella describe<sup>[830]</sup>. Definitivamente esto no es así.

En este orden de ideas, cualquier diccionario indica que “obtener<sup>[831]</sup>” es sinónimo de “adquirir<sup>[832]</sup>”. Incluso, la obtención es un término más amplio que la adquisición. Por ejemplo, si recibo la donación de un inmueble, tal vez no podré decir que lo adquirí<sup>[833]</sup>, pero nadie discutirá que lo obtuve. Pues éste indica el resultado, y el otro la modalidad de obtención.

Igualmente, el verbo rector “poseer”, en la definición gramatical dada por los evaluadores, es cubierto por las hipótesis de “guardar” o “utilizar”, previstas en el inc. 2º del art. 196 CP. Sin descartar las previstas en el inc. 1º. Así por ejemplo, si una persona recibe un automóvil obtenido con dinero del narcotráfico, y lo tiene en su casa sin conducirlo, configurará la conducta de “guardara”; si lo conduce diariamente o de vez en cuando, lo será de “utilizara”; si lo deja en una zona boscosa de un fundo rural

y tiene las llaves para acceder a él cuando quiera, entonces la misma cumplirá los presupuestos objetivos del tipo “ocultara”.

Sin perjuicio que en el marco de una interpretación sistemática en el Código Penal paraguayo, la “posesión”<sup>[834]</sup> tampoco descartaría la conducta de la “obtención”. Entonces, cuál sería una “posesión” no cubierta por alguna de las hipótesis previstas en el art. 196 del CP. La respuesta es: NINGUNA. Por tanto, carece de sentido incluir el verbo rector “poseer”.

El legislador paraguayo cedió y por medio de la ley 6452 (2019) incorporó al art. 196 CP a la “conversión”. Independientemente que en Paraguay, antes que la citada modificación no se hallaba expresamente la palabra “convertir”, se han condenado conductas tales como la de un sujeto que con el dinero producto del narcotráfico compró inmuebles<sup>[835]</sup> o que se depositó dinero que provenía del narcotráfico en una cuenta conjunta con su cónyuge, del mismo sujeto condenado por el hecho precedente<sup>[836]</sup>.

En otro caso, que tenía como precedente un Robo agravado que ocurrió en el aeropuerto de Asunción, donde se sustrajeron una gran cantidad de billetes que totalizaron US\$. 11.132.000, la cónyuge de uno de los autores, compró una gran cantidad de bienes muebles e inmuebles, asimismo con parte de esos billetes, abrió varias cuentas bancarias<sup>[837]</sup>. En estas decisiones de los tribunales de Paraguay, la subsunción la hicieron bajo la hipótesis del inc. 1º, donde se encontraban en aquel momento las conductas de: “ocultara”, “disimulara”, “frustrara” o el “peligrara”.

Aunque en todos los casos hubo una transformación del objeto inicialmente obtenido en otro, lo que podría considerarse una conversión<sup>[838]</sup>. Pero esas hipótesis podrían igualmente configurarse como “ocultar” o “disimular el origen” o también la de “peligrar”, por ejemplo el hallazgo del objeto. Sin descartar tampoco las conductas del inc. 2º y particularmente el elemento del tipo objetivo “proveniente” que implica que debe haber un nexo

causal entre el bien y un hecho subyacente, sin importar las veces que se haya transformado<sup>[839]</sup>.

No se debe perder de vista que las recomendaciones internacionales, combinan la conversión con un elemento subjetivo adicional que puede ser el ánimo de ocultar o encubrir. Por lo que algunos autores consideran que las conductas tales como conversión, transferencia, etc., no son más que tentativas de ocultar o encubrir el objeto<sup>[840]</sup>. El art. 196, inc. 3º del CP, prevé la sanción de la tentativa de todas las hipótesis contenidas en los incisos 1º y 2º.

Otra incorporación fue la conducta de “transfiriera”, la que no significa un mero desplazamiento material de bienes de un lugar a otro, sino cambio de titularidad<sup>[841]</sup>. El inc. 2º del art. 196 del CP, prevé la conducta de “proporcionara a un tercero<sup>[842]</sup>”. Nótese que ésta cubre claramente “la transferencia” o “transmisión”. Por ejemplo, se han procesado y obtenido salidas alternativas que implicaron la admisión de los hechos, de funcionarios de entidades financieras por la transferencia de sumas de dinero de cuentas locales al extranjero<sup>[843]</sup>. Nótese que ni siquiera se analizó las hipótesis que ya se tienen en el art. 196 del CP, así por ejemplo, el inc. 2º núm. 1 dice ahora: ... *lo transfiriera o proporcionara a un tercero*. ¿Cuál es la diferencia? La respuesta es sencilla, NINGUNA. Por tanto, es una redundancia.

El legislador paraguayo cede antes “recomendaciones” de “evaluadores” que no se conoce qué profundidad jurídica tienen y que apenas se limitan a verificar la existencia de la palabra de manera literal.

Distinto resultado arrojó la revisión del GAFI en el 2010 a Alemania<sup>[844]</sup>, cuyo § 261 del StGB tampoco contiene las palabras “convertir” o “transferir”, los evaluadores concluyeron que sí las otras conductas (idénticas a la previstas en el art. 196 del CP, antes de la modificación del 2019), cubren las hipótesis de “conversión” o “transferencia”.

Otro punto a considerar sobre la ampliación del castigo del Lavado de dinero, son las diversas reglas de la parte general que complementan el art. 196 del CP. Entre ellas podemos citar la instigación (art. 30, la complicidad art. 31, la posibilidad de castigar la comisión por omisión (art. 15 CP) la actuación en representación de otro (art. 16 CP).

Además de otros delitos de la parte especial que pueden cubrir las recomendaciones brindadas por los evaluadores. Uno de ellos es el art. 194 del CP<sup>[845]</sup>, otro es el art. 292 del CP (Frustración de la persecución penal).

En la evaluación cuyo informe fue presentado en septiembre de 2022, ya no se hicieron observaciones sobre las conductas descriptas en el art. 196 CP. Las mismas se limitaron a reclamar supuestas ausencias de hechos subyacentes, así como que los marcos penales para el LA no eran lo suficientemente disuasorio<sup>[846]</sup>.

La experiencia paraguaya, al menos considerando lo atinente a la tipificación del Lavado de dinero y las recomendaciones, no escapa mucho a lo que consideran algunos autores, acerca que el GAFI/FATF y organismos similares responden a la mentalidad de una clase burócrata que “confunde los fines preventivos, políticos y policiales en la lucha contra la criminalidad organizada con la función del Derecho Penal. Para esos autores, varios delitos económicos, el Lavado de dinero entre ellos, han nacido de la presión internacional de funcionarios tecnócratas ignorantes de los principios del Derecho penal<sup>[847]</sup>.

## **V. Consideraciones finales**

Sin dudas que el delito de Lavado de activos es un hecho punible sumamente complejo. Pero no debe perderse de vista que a lo largo de los años se extendió el alcance del Lavado de activos (dinero), principalmente por la ampliación del catálogo del art. 196 del CP. Además de la

incorporación de nuevos delitos al sistema penal, castigando conductas que anteriormente no lo estaban. Así por ejemplo, el Cohecho y Soborno privado extenderán el derecho penal hacia el ámbito de la competencia, el cual era únicamente cubierto por el derecho administrativo y el civil.

La expansión del Derecho Penal es vista con recelo incluso por la doctrina de países donde el Estado de Derecho está consolidado; por lo que, en nuestro país, donde las debilidades institucionales generan inseguridad jurídica, la cuestión es aún más preocupante. En ese contexto, debemos propender primero a fortalecer las instituciones, para que la expansión de la ley penal no sea una herramienta de criminalización selectiva.

A tal efecto, se presenta este breve trabajo, con el objetivo de brindar propuestas interpretativas a los tipos penales contenidos en el art. 196 del CP, para que el Lavado de activos no desborde en una aplicación intuitiva de ley penal.

# EL REPROCHE PENAL CORPORATIVO A LAS EMPRESAS EN LA ARGENTINA

Juan María Rodríguez Estévez\*

## I. Puntos de partida

A partir de la entrada en vigencia de la Ley 27.401 la República Argentina cuenta con un régimen de responsabilidad penal para las empresas por delitos vinculados con casos de corrupción de funcionarios públicos<sup>[848]</sup>. Sin embargo, de momento no está muy clara la manera en la cual su puesta en funcionamiento impactará sobre la culpabilidad penal de la persona de existencia ideal, tanto en su faz de principio esencial del Derecho penal, como en su ámbito de categoría dogmática que integra la teoría del delito.

En las líneas que siguen se delinearé una propuesta practicable que permita contar con un esquema de implementación de la culpabilidad penal para la empresa en el marco del Derecho positivo que nos proporciona la nueva legislación. Aquello que aquí se pretende, es presentar una aproximación axiológica de hermenéutica jurídica que resulte útil a los operadores del sistema de administración de justicia que tengan a su cargo la implementación del nuevo marco normativo.

Se ha sostenido que el trabajo hermenéutico es hacer comprensible los textos jurídicos y que por ende la

hermenéutica es comprensión. En este contexto, la aplicación de una ley al caso no puede ser entendida como mera interpretación de un texto, sino que se trata más bien de un proceso de concreción de la decisión en el que confluyen de manera indisoluble elementos descriptivos, cognitivos y normativo-valorativos de diversa índole que terminan legitimando la imposición de una pena. Ello puesto que, en definitiva, el análisis sistémico que permite la dogmática jurídico penal como medio de participación en la creación del Derecho permite su perfeccionamiento<sup>[849]</sup>.

En este contexto, no debe perderse de vista la dimensión ético - normativa de la dogmática, puesto que, la gran pregunta que la mueve, es la relativa al sentido de una conducta desde el punto de vista de la correcta atribución de responsabilidad<sup>[850]</sup>. La teoría del delito es una teoría de los presupuestos generales bajo los cuales puede ser hecha responsable una persona por la comisión de un hecho que se define como delito y permite la imposición de una pena. En definitiva, la gran fuerza de la actividad dogmática reside precisamente en vincular los presupuestos generales del delito, esto es, la teoría de la responsabilidad penal, a la teoría sobre el fin y sentido de la pena, a su fundamento de legitimación<sup>[851]</sup>.

Así, cabe preguntarnos en primer lugar si es posible afirmar la responsabilidad penal de las empresas sin afectación del principio de culpabilidad. Con otras palabras, plantearnos si la responsabilidad penal de las empresas -regulada por la legislación vigente- implica contradecir las principales conclusiones del principio de culpabilidad penal por el cual nadie responde por actos de otro y nadie responde por la mera producción de un resultado.

En segundo lugar, y ahora con relación a la culpabilidad penal como categoría fundamental de la estructura de la teoría del delito, la cual lo define como acción, típica, antijurídica y culpable, entiendo que es importante plantearnos la manera en cómo sostener la responsabilidad

penal de las empresas como reproche normativo corporativo. Es decir, como juicio de imputación de responsabilidad penal por un determinado suceso tipificado por el Legislador.

En tercer término, se analizará el modelo de imputación de responsabilidad penal corporativa por el cual ha optado el sistema legal argentino y el modo en que éste debe ser interpretado -de manera teleológica y sistemática- a los fines de armonizar las respuestas dogmáticas a los nuevos problemas que, para la culpabilidad penal, la empresa, como nuevo sujeto de Derecho penal, trae aparejados.

Por último, se determinará -siempre desde la culpabilidad penal- la incidencia de los llamados programas de cumplimiento en la determinación y configuración de la culpabilidad empresaria con incidencia en el juicio de reproche normativo que ello implique o, por el contrario, en la configuración de un bloqueo de la tipicidad y la consecuente exoneración de culpabilidad penal para la entidad en razón de la existencia de aquellos junto con la acreditación de un sistema de control y supervisión idóneos por parte de la estructura corporativa para la prevención de los delitos regulados por la ley vigente<sup>[852]</sup>.

A continuación, algunas premisas sobre las cuales parte el análisis que se propone.

El legislador argentino ha optado por la vía penal para sancionar penalmente a las empresas por los delitos de corrupción realizados directa o indirectamente, con su intervención o en su nombre, interés o beneficio. Se descartó, de esta manera, la sanción administrativa como respuesta estatal como sucede, por ejemplo, en Italia y Alemania<sup>[853]</sup>.

La necesidad de adaptar el esquema de imputación de responsabilidad penal para las empresas es una tarea irrenunciable y constituye un desafío ineludible para asegurar una correcta imputación que respete los principios penales y las garantías, tanto de fondo como procesales.



Al respecto puede verse lo expreso en el ámbito jurídico español por la Sentencia del Tribunal Supremo 514/2015 de 2 de septiembre -Ponente Manuel Marchena Gómez-, cuando mencionó que ya se opte al amparo del artículo 31 *bis* del CP por un modelo de responsabilidad por el hecho propio, ya por una fórmula de heterorresponsabilidad, parece evidente que cualquier pronunciamiento condenatorio de las personas jurídicas habrá de estar basado en los principios irrenunciables que informan el Derecho penal.

La definición legislativa adoptada por la Argentina permite adelantar dos reflexiones: a) la política criminal desbordó la discusión teórica; b) la implementación judicial de la ley deberá respetar los principios del Derecho penal -principalmente el de legalidad y culpabilidad en materia de imputación- y el debido proceso y defensa en juicio en materia de enjuiciamiento. Sobre ese punto, es interesante el debate que se ha producido en España donde por Sentencia del Tribunal Supremo 221/2016, de 16 de marzo -Ponente Manuel Marchena Gómez-, se ha sostenido que las sanciones contempladas para las personas jurídicas en el Código penal español son de naturaleza penal y toda tendencia a enmarcarla en otro ámbito extra penal configura un criticable fraude de etiquetas<sup>[854]</sup>.

Los motivos que permiten sostener que cuestiones de política criminal fueron determinantes para llegar al escenario actual pueden ser agrupados del siguiente modo, cuyo denominador común es dar una respuesta a la necesidad preventiva de evitar la impunidad: a) no siempre es posible la identificación del responsable en un caso penal empresario donde la dinámica propia de la estructura empresarial hace que intervengan diversas personas, tanto en un plano vertical como horizontal; b) cuando finalmente se logra individualizarlo, suele no ser el verdadero responsable cuando hay una cultura empresarial delictiva<sup>[855]</sup>; c) el juicio de reproche administrativo no suele contar con el carácter simbólico -en sentido positivo- que

implica la sanción y la misma existencia del proceso penal. Sobre este último punto se ha afirmado recientemente que, si bien las sanciones penales para las personas jurídicas son, en su denominación y contenido, idénticas a las administrativas, sólo su significado simbólico varía, por su contexto jurídico-penal, tanto sustantivo como procesal<sup>[856]</sup>.

Es decir, se asiste a la asunción por parte de las entidades empresarias de un rol protagónico sobre la escena del crimen económico. En Europa, esta progresiva afirmación no ha pasado inadvertida por el legislador supranacional, quien ya desde finales de los años 90, con el protocolo de la Convención sobre la Protección de los intereses financieros de la Comunidad Europea, recomienda que los Estados miembros adopten las medidas necesarias para que las personas jurídicas pueden ser directamente responsable de los fraudes, la corrupción activa y el lavado de dinero cometido en su beneficio<sup>[857]</sup>.

A ello debe añadirse un aspecto de política pública institucional: el empresario participa de la política criminal entendida como las tareas estatales en la prevención, identificación, investigación y sanción de delitos. Es decir, estamos en presencia de sujetos privados cumpliendo funciones públicas. El caso más emblemático lo constituyen las obligaciones de los sujetos privados que, normativamente, se encuentran obligados a denunciar operaciones sospechosas de lavado de dinero<sup>[858]</sup>.

Otra premisa importante desde la cual aquí se parte, es que la implementación de un sistema de sanciones penales para las empresas no ha hecho desaparecer el riesgo penal individual de los directivos de empresa por los delitos cometidos a través o por medio de la persona de existencia ideal. Subsiste, por ende, la responsabilidad penal empresaria a título individual. Es más, la sanción a las empresas se ha concebido de manera independiente de la sanción de sus directivos, siempre que las circunstancias del caso permitan establecer que el delito no podría

haberse cometido sin la tolerancia de los órganos de la persona jurídica.

Por otra parte, se ha regulado en el Derecho positivo vigente que los representantes de la empresa pueden generar responsabilidad penal del ente, incluso el administrador de hecho. Es decir, aquel que carece de atribuciones para obrar en representación de la empresa, pero que su gestión ha sido ratificada expresa o tácitamente.

Finalmente, los programas de cumplimiento como las atribuciones que se deleguen en el encargado de su seguimiento y control, configuran resortes esenciales a partir de los cuales trabajar sobre un concepto normativo de culpabilidad de la persona jurídica, la cual si bien carece de conciencia tal como la conocemos para las personas físicas, constituye un centro de imputación normativo a partir de su auto organización adecuada -a través de los instrumentos antes mencionados- que permite legitimar un concepto de culpabilidad corporativa a partir de aquellos.

Es importante tener presente que las cláusulas generales que encontramos en los distintos códigos penales vigentes y las propuestas de reforma que buscan dar una respuesta a la imputación de responsabilidad penal para las personas jurídicas, son cláusulas de imputación específicas para el ente colectivo y marcan un modelo de responsabilidad (vicarial o por hecho propio) y no configuran un tipo penal específico e independiente de aquellos de la Parte especial.

Es decir, del mismo modo en que las diversas cláusulas de actuación en lugar de otro permiten una transferencia de la legalidad penal desde la persona jurídica hacia la persona física; las disposiciones legales de la Parte general -o disposiciones introductorias en leyes especiales- que regulan la responsabilidad penal de las empresas, incorporan un sistema de imputación especial para la persona jurídica que, sea cual fuere, además deberá contar con la configuración de un injusto concreto de un tipo penal

de la Parte especial (con todos sus requisitos) para poder generar imputación penal para la asociación.

Será clave entonces abordar aquí los distintos modelos sobre los cuales descansa un esquema normativo de imputación de responsabilidad penal corporativa para determinar cuál ha sido finalmente el escogido por la legislación argentina para su implementación. Dilucidado esto, o por lo menos hermenéuticamente clarificado, no puede escapar del debate la discusión procesal sobre a quién de los sujetos procesales le competará la acreditación de la falta de cumplimiento de las normas de autorregulación empresaria y la falta de idoneidad de las medidas de autorregulación corporativa para prevenir el delito.

## **II. El principio de culpabilidad y su impacto en la responsabilidad penal de las personas jurídicas**

Es aceptado por todos que el principio de culpabilidad constituye uno de los pilares fundamentales sobre los cuales descansa nuestro Estado Constitucional de Derecho. En materia penal, se afirma que aquel constituye el presupuesto de la pena y por ende se sostiene que no hay pena sin culpa. Entre otras cosas, ello implica que el sujeto responde por las acciones controlables y no por el caso fortuito. Otro aspecto que integra el principio de culpabilidad se vincula con la personalidad de la pena, donde nadie puede ser sancionado por el hecho de otro<sup>[859]</sup>.

El contenido del principio de culpabilidad penal abarca la exigencia de saber que se hace y conocer el reproche, como la posibilidad de haber evitado el delito o de haber cumplido el mandato de obrar en supuestos de los delitos de omisión. Esto no es otra cosa que la intencionalidad o culpabilidad en sentido estricto, que designa la conciencia y voluntad del concreto delito y que, a su vez, puede asumir

la forma de dolo o de culpa, según la intención vaya referida a la acción y al resultado o solo a la acción y no al resultado, no querido ni previsto aunque si previsible<sup>[860]</sup>.

Esto ha llevado a afirmar la arbitrariedad de un pronunciamiento judicial donde se aplicó un agravante sin haberse valorado en forma alguna el dolo del agente, en razón que no se examinó el desconocimiento que el agente habría tenido acerca de la configuración de aquel. Es decir, aquello que prohíbe el principio de culpabilidad es la punición de una conducta por su objetividad típica, prescindiendo de la voluntad concreta del agente en el hecho, la que presupone el conocimiento de elementos objetivos del tipo y la voluntad de realización conforme a esos conocimientos, como componentes necesarios de la tipicidad subjetiva y habilitadora de la pena<sup>[861]</sup>.

Estas consideraciones conducen a las dos principales consecuencias que impone respetar el principio de culpabilidad en materia penal, tanto en el plano de la subjetividad como en el ámbito de la personalidad del reproche. En atención al primero de ellos -subjetividad-, puede afirmarse que no hay responsabilidad por la mera producción de un resultado; mientras que en razón del segundo -personalidad-, suele sostenerse que nadie puede responder por actos de terceros, a menos que sea garante de evitar el resultado típico. Por ello, una de las principales utilidades prácticas del principio de culpabilidad aplicado a la tarea de los tribunales es impedir cualquier tipo de responsabilidad penal objetiva.

En el plano del Derecho penal individual, la responsabilidad objetiva o por el resultado se da cuando el individuo es susceptible de ser sancionado independientemente de que haya querido o previsto el acto antijurídico<sup>[862]</sup>. Desde esta perspectiva, se ha sostenido que ningún hecho o comportamiento humano es valorado como acción si no es el fruto de una decisión; consiguientemente, no puede ser castigado, y ni siquiera prohibido, si no es

intencional, esto es, realizado con consciencia y voluntad por una persona capaz de comprender y de querer<sup>[863]</sup>.

En palabras de SÁNCHEZ OSTÍZ, para afirmar la libertad plena, es preciso afirmar no sólo que el sujeto conoce lo que hace (que obra con volición), sino que, además y a la vez, sabe lo que hace (que obra con voluntariedad). Volición y voluntariedad son, así, dos formas distintas de referirse a la libertad. En este sentido, se ha sostenido que el juicio de reproche que se encierra en la culpabilidad presupone (y por lo tanto implica) que se ha obrado con volición (luego, existe un hecho) y afirma, además, que el hecho se ha realizado con voluntariedad<sup>[864]</sup>.

En el plano de la responsabilidad penal empresaria los supuestos de responsabilidad objetiva pueden configurarse tanto en el plano de la responsabilidad individual de los directos; como en el plano de la responsabilidad penal de la empresa como sujeto independiente de Derecho penal.

Así, en el plano empresario individual, la responsabilidad penal objetiva se configura cuando el directivo es sancionado por la mera posición jurídica que ocupa en el ámbito de la organización empresarial. Con otras palabras, cuando se le transfiere la culpabilidad penal por la mera condición de administrador o representante del ente ideal.

Por otra parte, en el plano de la responsabilidad corporativa, se puede afirmar que se configura un supuesto de responsabilidad penal objetiva cuando la empresa es sancionada una vez que ha sido acreditado un delito en cabeza de uno de sus directivos sin tener en cuenta el modelo de autogobierno que la propia entidad corporativa diseñó para evitar la configuración del delito que finalmente, terminó siendo cometido por su representante o dependiente.

En definitiva, por responsabilidad penal objetiva de la empresa entendemos dos supuestos: a) la responsabilidad penal de la empresa por la mera comisión de un delito a través de ella o en su beneficio; y b) la sanción penal a la empresa en razón del delito cometido por alguno de sus

directivos sin atención alguna al modelo de organización interna y del sistema de controles y supervisión dispuestos.

### **III. Modelos de imputación penal a la empresa**

El núcleo central de la problemática de la responsabilidad penal de las empresas pasa por determinar si aquellas pueden ser consideradas como sujetos colectivos que aparezcan como sujetos de imputación y, por tanto, sean obligado a normas de conducta. Con otras palabras, establecer si la persona jurídica integra el catálogo de sujetos que “deben hacerse cargo” de las consecuencias de determinados hechos<sup>[865]</sup>. Una vez determinado que esto es posible, generalmente por decisiones de política criminal del Legislador, el desafío pasa por establecer bajo que presupuestos se le puede adscribir a la empresa una responsabilidad penal por aquel hecho típico cometido en el ámbito de su competencia o actuación. Esto no es otra cosa que el debate y definición sobre los modelos de imputación de esa responsabilidad a la entidad empresaria.

Antes de ingresar al texto del Régimen penal empresario instaurado por la Ley 27.401, un repaso de las cláusulas de responsabilidad penal contenidas en el Régimen penal tributario y en el tipo penal de lavado de dinero pueden ser útiles para allanarnos el camino y permitirnos un análisis sistemático del Derecho positivo vigente en la Argentina. Aquellas dos cláusulas específicas que regulan la responsabilidad de las asociaciones por delitos tributarios y lavado de dinero<sup>[866]</sup> merecen dos encuadres posibles: a) ser entendidas como una simple consecuencia jurídica para la empresa -incluso de carácter administrativo sancionador-, o bien; b) ser consideradas como un tópico propio e independiente de imputación de responsabilidad penal para la corporación.

Con esta perspectiva de análisis, parece claro que la decisión que sobre este punto se tome determinará la necesidad, o no, de diagramar un sistema de imputación propio para la empresa, o por el contrario, uno que se limite a derivar la consecuencia sancionatoria para la empresa por el mero delito cometido por su representante en interés o beneficio de la entidad.

Así, uno de los puntos donde esta disyuntiva se pone a prueba se centra en la discusión sobre la capacidad propia de culpabilidad de la empresa, lo cual obliga a revisar el criterio que la considera como la mera verificación ontológica de libertades reales, sintetizado en el “poder en lugar de ello” propio del finalismo<sup>[867]</sup>.

Por el contrario, en la actualidad parece factible avanzar en el diseño de criterios de imputación de responsabilidad penal para las personas jurídicas no ya como un derivado de la responsabilidad individual del directivo que ha actuado en su nombre, sino, más bien, como un supuesto de responsabilidad penal por un hecho propio del ente ideal.

En este contexto, y dentro de un concepto prioritariamente normativo de la culpabilidad que fundamenta el reproche punitivo en la defraudación de expectativas sociales, resulta viable plantear la legitimidad de la responsabilidad penal de las empresas con fundamento en aquello que se ha dado en llamar organización defectuosa de la empresa, donde se espera de la corporación que se organice adoptando medidas idóneas de seguridad, vigilancia y control que reduzcan las posibilidades de comisión de delitos por parte de sus integrantes.

Esto se traduce en una suerte de posición de garantía empresaria que actúa a modo de barrera de contención de riesgos, entendiendo por estos no solo los derivados de la propia actividad de la empresa, sino también los que son consecuencia del comportamiento de sus directivos<sup>[868]</sup>.



Aquí los deberes de supervisión y control sobre el riesgo empresarial son clave<sup>[869]</sup>.

Es decir, uno de los interrogantes fundamentales que presenta la implementación práctica de la responsabilidad penal de las empresas es determinar si se trata de una responsabilidad accesoria -cuyo fundamento radicaría en la sanción penal que recaiga sobre sus directivos-, o si, por el contrario, la sanción a la empresa puede fundamentarse con independencia de un reproche judicial concreto a la persona física que actuó en su nombre, representación y beneficio<sup>[870]</sup>. En palabras de SILVA SÁNCHEZ, el núcleo de la cuestión pasa por determinar si las personas jurídicas cometen hechos delictivos o si, por el contrario, responden por los hechos delictivos de sus integrantes<sup>[871]</sup>.

En otros términos, las propuestas de imputación de responsabilidad penal para las empresas varían entre el modelo de la responsabilidad por atribución o vicarial, donde la imputación de responsabilidad a la persona de existencia ideal se origina por la transferencia a ésta de la responsabilidad originada por el hecho cometido por alguna persona física con una importante función dentro de ella; o por el contrario, un modelo de responsabilidad por un hecho propio, donde se afirma la atribución de una responsabilidad propia a la persona jurídica como tal.

Para el modelo de responsabilidad por atribución a la persona jurídica o sistema vicarial, se requiere la comisión de un hecho delictivo completo por parte de una de las personas físicas integradas en su seno, normalmente por una de las que integran sus órganos o la representan. Estos delitos pueden ser de comisión activa o, también, de comisión por omisión, en la medida en que los órganos omitan deberes de vigilancia, de coordinación o de selección que dan lugar a la conducta delictiva activa de un integrante de la empresa situado en los niveles inferiores de esta. Este modelo de atribución de responsabilidad penal a la persona jurídica por atribución constituye el marco normativo para la implementación de sanciones a las

empresas en el sistema jurídico anglosajón, donde la actuación de una persona individual lo suficientemente importante en la estructura empresarial se entiende como actos de la sociedad<sup>[872]</sup>.

Es interesante destacar la similitud de este esquema con los parámetros de imputación de responsabilidad penal individual en Derecho penal empresario a partir de la cláusula de actuar en lugar de otro, donde aquello que se transfiere de la persona jurídica a la individual es la legalidad del tipo penal mas no la culpabilidad, dada la exigencia normativa de intervención en el hecho allí contenida<sup>[873]</sup>.

Por otra parte, en el modelo de responsabilidad de la empresa por atribución, aquello que se transfiere de la persona física a la jurídica es, de manera inversa y en términos generales, la propia culpabilidad del actuante en lugar de otro, pues los requisitos de legalidad del tipo penal objetivo ya los reúne en sí misma la persona de existencia ideal.

Esto nos demuestra un ir y venir desde las cláusulas de actuación en lugar de otro con el modelo de imputación por atribución o vicarial, lo cual explica la convivencia posible entre ambos modos de imputación que parecen estar destinados a complementarse. Al respecto, no deja de ser significativo que la cláusula que instauró la responsabilidad penal de las empresas en el Régimen penal tributario no ha derogado, de modo alguno, la cláusula de actuación en lugar de otro allí contenida con anterioridad a dicha incorporación.

En efecto, el segundo párrafo del artículo 13 del Régimen penal tributario instaurado por Ley 27.430 establece que:

“(…) cuando los hechos delictivos previstos en esta ley hubieren sido realizados en nombre o con la intervención, o en beneficio de una persona de existencia ideal, se impondrán a la entidad las

siguientes sanciones conjunta o alternativamente:  
(...)”.

Un interesante antecedente normativo de este modelo de responsabilidad penal vicarial lo encontramos en la regulación legal del decomiso, eso es, en términos generales, la afectación a favor del Estado de los frutos del delito, incluso cuando aquel puede recaer sobre un tercero distinto del autor declarado penalmente responsable. En efecto, el tercer párrafo del artículo 30 del Código Penal establece que:

“(...) cuando el autor o los partícipes han actuado como mandatarios de alguien o como órganos, miembros o administradores de una persona de existencia ideal, y el producto o el provecho del delito ha beneficiado al mandante o a la persona de existencia ideal, el comiso se pronunciará contra éstos”.

Hasta aquí pareciera que los tipos penales que regulan la responsabilidad penal tributaria de la empresa como la responsabilidad de aquella por el delito de lavado de dinero están prioritariamente enmarcadas dentro de un modelo de imputación de responsabilidad penal vicarial. Digo “prioritariamente”, puesto que en trabajos anteriores<sup>[874]</sup> he postulado una reinterpretación del modelo vicarial previsto en aquellos tipos penales a la luz de las pautas mensurativas de la pena que para las empresas se regulan para ambos delitos, donde expresamente el Legislador estableció que, para graduar la pena a imponer, (...) los jueces tendrán en cuenta el incumplimiento de reglas y procedimientos internos, la omisión de vigilancia sobre la actividad de los autores y partícipes (...)<sup>[875]</sup>.

Sin perjuicio de esta concreción del sistema de imputación vicarial en nuestro ordenamiento legal, en aquello que hace al fundamento de la responsabilidad penal

de las empresas se ha producido un cambio de foco en las razones por las cuales se impondría responsabilidad jurídico-penal a aquellas, ya que el sistema de responsabilidad para las personas jurídicas no estaría encaminado a desmotivar directamente el comportamiento delictivo de los empleados de la empresa, sino que más bien se dirige a fomentar la atención de los administradores en los mecanismos de prevención de estas conductas delictivas<sup>[876]</sup>. Es decir, la exigencia de formación de reglas internas de conducta empresarial conocida como la instalación de programas de cumplimiento de la ley, tienden a asegurar una organización institucional adecuada del riesgo y presentan como su contrapunto la sanción penal corporativa si se produce algún resultado lesivo que debió haber sido evitado mediante el diseño correcto de la actividad empresarial.

En razón de ello, asistimos en la actualidad a un cambio de mirada en cuanto al centro de atención de los factores de atribución de responsabilidad penal para la empresa que se trasluce en una crisis de legitimidad del sistema vicarial de imputación. En efecto, se percibe un cambio de paradigma en la lógica del modelo de transferencia -de la responsabilidad individual de determinados representantes hacia la entidad-, a un modelo de aquello que podría decirse corresponde a una influencia directa de la empresa en la comisión de conductas delictivas a propósito de su actividad. Es decir, a la introducción de criterios adicionales para la imposición de responsabilidad jurídico-penal a la empresa con foco en el entorno organizacional<sup>[877]</sup>.

En este sentido, se advierte que si bien es cierto que la irrupción de las Directrices para imponer sentencias a organizaciones en los Estados Unidos es considerada mayormente como una expresión del sistema vicarial vinculado a lograr una mayor equidad al momento de la individualización de la pena corporativa; no lo es menos que estas reflejan un cambio de atención que se ha

entendido como evolución de aquel modelo y que incluso ha derivado en serios intentos por justificar una verdadera responsabilidad penal de la empresa<sup>[878]</sup>.

Así, una de las principales demandas de la política criminal en el ámbito del Derecho penal de la empresa reside en la laguna de punibilidad que genera, para el modelo vicarial, la falta de sanción previa -por el motivo que fuere- para el directivo que hubiera intervenido en el hecho. Es decir, como el modelo de atribución permite trasladar la culpabilidad penal del órgano a la empresa, ante la ausencia de determinación judicial del primero, mal podría afirmarse la segunda. Estas circunstancias tienden a agravarse, por ejemplo, cuando la omisión de un juicio de responsabilidad penal individual de un directivo de empresa se configura a partir de su falta de individualización o bien por su no sometimiento al proceso por elusión del accionar de la Justicia.

Frente a esta realidad, el modelo de responsabilidad por hecho propio de la persona jurídica no requiere una transferencia a la persona jurídica de la responsabilidad de las personas naturales, ya que es una responsabilidad de la estructura empresaria en sí misma considerada como sujeto de Derecho penal, lo cual no es incompatible con la imputación de responsabilidad individual a la persona o personas físicas que cometieren directamente la actuación delictiva<sup>[879]</sup>.

Si bien es cierto que la cuestión del hecho no plantea problemas en el esquema de responsabilidad derivada, no lo es menos que esta dificultad se reactiva con el modelo de responsabilidad por hecho propio de la persona jurídica, donde no resulta sencillo poder conceptualizar -por lo menos en términos ontológicos- la producción externa de un hecho por parte de un ente ideal, tal como lo conocemos a partir de una interpretación naturalística de los tipos penales.

En este orden de ideas, este parece haber sido el principal motivo de fundamentación del voto del juez

ZAFFARONI en el caso “*Fly Machine SRL*”<sup>[880]</sup>, donde a partir de un concepto finalista del comportamiento y de la culpabilidad, se terminó afirmando como mandato constitucional que el Derecho penal exclusivamente puede sancionar acciones que solo pueden ser cometidas por personas físicas con capacidad de motivación en la norma<sup>[881]</sup>.

Así, desde de esta perspectiva, ya no se trata de una decisión dogmática entre un esquema de responsabilidad penal por atribución de la persona jurídica o un sistema de imputación de responsabilidad penal por hecho propio de esta. Por el contrario, la cuestión sería mucho más compleja aún, puesto que la opción antes mencionada no sería neutra al control constitucional de los jueces, lo cual plantea el interrogante de si el modelo de responsabilidad por hecho propio resulta contrario al sistema previsto en el texto constitucional.

En esta inteligencia, deberá analizarse en este punto si la responsabilidad penal propia de la persona jurídica es incompatible con nuestro sistema constitucional o si, en cambio, constituye un modo de explicar la responsabilidad penal de las empresas en la configuración actual de la sociedad, lo cual plantea, en definitiva, una opción de política criminal del legislador ajena al contralor judicial<sup>[882]</sup>.

A los fines de resolver la cuestión constitucional planteada por ZAFFARONI en su voto particular en el precedente “*Fly Machine SRL*”, es importante remitirnos, tal como postula SILVA SÁNCHEZ, a la teoría de las normas como una pauta objetiva para resolver el dilema en términos jurídicos. Así, si las normas penales se entienden como directivas de conducta (normas de determinación), las personas jurídicas no pueden ser destinatarias de ellas.

Para SILVA SÁNCHEZ la cuestión puede encararse de otro modo si la norma se entiende como expectativa de conducta institucionalizada, de modo que serían normas penales aquellas expectativas de conducta que, por su

relevancia para la identidad normativa de una determinada sociedad, son protegidas mediante sanciones penales. En este esquema, también las personas jurídicas, en cuanto revisten la condición de agentes económicos y sociales reales, son socialmente construidas como centros de imputación de la frustración de expectativas normativas y por ende, sujetos pasivos de las consecuencias previstas en caso de acreditarse dicha defraudación. Con otras palabras, son centros de imputación<sup>[883]</sup>.

Desde otra perspectiva, la acción institucional de BAIGÚN nos conduce a la misma conclusión, puesto que si desde el sistema jurídico vigente se asigna a las empresas la condición de centros de imputación, luego, sus hechos configuran expresión de sentido y pueden ser objeto de una valoración; por ende, se puede afirmar que ellas actúan en términos constitucionales<sup>[884]</sup>.

En efecto, el rol normativo de la empresa, con la responsabilidad institucional que ello implica, permitirá desarrollar a partir de allí una serie de expectativas sociales que la colocan en una posición jurídica apta para operar como una barrera de contención de riesgos determinados y tipificados por el Legislador, cuya defraudación dará lugar a una consecuencia de carácter penal.

Resta mencionar, aunque mal no sea esquemáticamente, a quien le compete la carga de la prueba en cada uno de los sistemas -vicarial o por hecho propio-, sobre la idoneidad en la autorregulación empresarial. Es decir, si se trata de un extremo que debe ser acreditado por la acusación o, por el contrario, estamos en presencia de una eximente de responsabilidad penal cuya carga probatoria compete a la asociación.

En efecto, para estar en condiciones de definir a quién le corresponde la carga de la prueba sobre la existencia de un programa de cumplimiento idóneo para la prevención de delitos, es necesario tener presente el modo en cómo funcionan en el ámbito procesal anglosajón, el sistema de

las defensas y a quién le compete la carga de su prueba. Luego, deberá definirse el modo en cómo juegan las mismas, ya estemos en presencia de un modelo vicarial - como es el dominante en los Estados Unidos- o ante un sistema de imputación de responsabilidad penal para las empresas por hecho propio o, incluso, mixto.

Sobre el particular, se ha señalado que si el factor concreto excluyente de la responsabilidad hace desaparecer la infracción del sujeto u *offense*, entonces se califica de eximente negativa (*negative defense*). Esto significa que el acusado no tiene que probar su concurrencia, porque es la acusación la que tiene que acreditar que concurren los elementos de la *offense* con el estándar “más allá de toda duda razonable”. En cambio, si el factor excluyente de la responsabilidad no hace desaparecer la infracción del sujeto u *offense*, se califica de *affirmative defense*. Entonces es el acusado quien tiene que probar esa eximente afirmativa. Pero lo tiene que hacer conforme a un estándar probatorio más bajo: por ejemplo, la *preponderance of evidence* (es decir, más probabilidad que improbabilidad)<sup>[885]</sup>.

En este sentido, se ha sostenido que la *defense* consistente en sostener que el estado de cosas peligroso de la persona jurídica está condicionadamente permitido -esto es, la afirmación de que la entidad cuenta con un programa adecuado de compliance- constituye, por tanto, una defensa afirmativa. La *defense* que afirma que el riesgo de la persona jurídica estaba permitido es, a su vez, una eximente vinculada a la existencia de unas disposiciones y procedimientos formales, a los que el Derecho positivo les atribuye la naturaleza de condiciones de la permisión del riesgo representado por la persona jurídica. Como tal defensa afirmativa, la prueba de la existencia de las condiciones (procedimentalizadas) de permisión del riesgo representado por la persona jurídica le corresponde a la defensa<sup>[886]</sup>.



En Italia, en el marco del d.lgs. 231/2001 que ha optado por un modelo de responsabilidad administrativa del ente con motivo de la comisión de un delito por parte de algunos de sus dependientes, se ha sostenido que la persona jurídica responde por tal comportamiento cuando el mismo ha sido cometido en su propio interés o ventaja y sea comprobable una culpabilidad por defecto de organización<sup>[887]</sup>. En este ámbito, el modelo organizativo de la empresa constituye el centro de la disciplina en estudio, al punto de actuar como una cobertura completa de aplicación de la sanción administrativa al ente si el programa de cumplimiento de la ley fue adoptado, implementado y actualizado de modo previo a la comisión del delito. Por otra parte, en la faz procesal, la adopción del programa de cumplimiento con posterioridad a la comisión del delito, y dependiendo de las diversas etapas del proceso judicial en la cual se implemente, también tiene implicancias prácticas para la empresa que van desde la reducción de la pena a la sustitución de la inhabilitación por una sanción pecuniaria<sup>[888]</sup>.

Así, una posible definición sobre este punto puede reconducirse a dos grupos de casos. Si la alta dirigencia quedó involucrada en la comisión del delito, le competará a la defensa la acreditación de la idoneidad de sus sistemas de control interno. Por el contrario, si en la comisión del delito aparecen involucrados funcionarios de jerarquía sin poder de decisión corporativa, será carga de la acusación demostrar la falla del sistema interno de prevención.

En este contexto, puede concluirse que en la experiencia italiana se asiste en la actualidad a una fractura del aparato originario del d.lgs. 231/2001 estructurado sobre el carácter facultativo de la adopción de un modelo de gestión de *compliance* y las sucesivas intervenciones normativas y jurisprudenciales que tienden a imponer la solución opuesta. Es por ello, que se ha señalado que la implementación de programas de *compliance* en el ámbito empresarial constituyen en Italia una oportunidad para la

empresa, en cuanto le permiten diseñar un sistema de cara a prevenir la comisión de delitos individuales dentro de la estructura y poder beneficiarse de la eximente<sup>[889]</sup>.

## **IV. El modelo de imputación de responsabilidad penal en el Régimen penal empresario argentino**

Veamos ahora como se plasma esta discusión de los modelos de imputación en el marco del Régimen penal específico empresarial. Es decir, se trata de establecer cuál ha sido el modelo de imputación de responsabilidad penal que para las personas jurídicas ha adoptado la Ley 27.401. Esto es, definir básicamente si se trata de un modelo de atribución de responsabilidad penal vicarial - derivada o si estamos en presencia de un modelo de atribución de responsabilidad penal corporativa por defecto de organización de la empresa. Ello, sin perjuicio de introducir la posibilidad de tratarse de un sistema mixto con niveles diferenciados de imputación que depende de diversas constelaciones posibles de casos.

Una primera aproximación al régimen penal específico de la persona jurídica podría dar la idea que se trata de un sistema de responsabilidad vicarial o derivada, en razón que el artículo 2° de la Ley 27.401 establece que:

“(…) las personas jurídicas son responsables por los delitos previstos en el artículo precedente que hubieren sido realizados, directa o indirectamente, con su intervención o en su nombre, interés o beneficio”.

Asimismo, establece que:

“(…) también son responsables si quien hubiere actuado en beneficio o interés de la persona jurídica

fuere un tercero que careciese de atribuciones para obrar en representación de ella, siempre que la persona jurídica hubiese ratificado la gestión, aunque fuere de manera tácita” (...).

Estándar éste que regula la figura del administrador de hecho como otro sujeto con capacidad de generar culpabilidad para la persona de existencia ideal, no ya exclusivamente a título meramente individual de aquel, como ha sido la regulación tradicional del administrador de hecho o actuante en lugar de otro<sup>[890]</sup>.

En el mismo artículo se prevé allí mismo una cláusula bloqueo de la tipicidad para la empresa al establecerse que:

(...) “la persona jurídica quedará exenta de responsabilidad sólo si la persona humana que cometió el delito hubiere actuado en su exclusivo beneficio y sin generar provecho alguno para aquella”.

Es decir, en su introducción, ya la Ley deja muy claro un modelo de imputación de responsabilidad prioritariamente vicarial, similar al ya utilizado por el Legislador argentino en distintos supuestos de sanciones para las empresas como ser los delitos tributarios y el tipo penal de lavado de dinero analizados precedentemente. Con otras palabras, la empresa responde penalmente por el delito cometido por el directivo que la representa, ya sea jurídica o fácticamente. En este esquema vicarial solamente -en principio- se exime de responsabilidad penal la empresa cuando: a) el delito hubiere sido cometido en exclusivo beneficio del representante; b) dicho actuar no generó provecho alguno para la empresa.

Se trata de una eximente de responsabilidad que requiere que se den en el caso concreto los dos supuestos regulados. Es decir, que no basta con demostrar que el

representante actuó en su exclusivo beneficio, sino que además se deberá acreditar que la empresa, con motivo de aquel ilícito, no vio generado en su beneficio, ningún provecho.

Superado este primer esquema de imputación de responsabilidad penal desde el directivo de la empresa hacia aquella, si se analiza de modo sistemático dicha legislación y se toma en especial consideración las eximentes de responsabilidad penal corporativa previstas en el artículo 9; como si también se presta especial atención al sistema de independencia de las acciones penales entre la persona jurídica y sus representantes - conforme lo previsto por el artículo 6 con fundamento en la tolerancia de los órganos de dirección-, puede afirmarse que estamos en presencia de dos modelos bien diferenciados de imputación de responsabilidad penal y, en cierto punto, que el modelo de imputación por defecto de organización termina teniendo mayor peso que el de imputación derivada o vicarial, al punto de dejarlo inoperativo por afectación al principio penal de culpabilidad aplicado a la imputación penal corporativa<sup>[891]</sup>. Me explico.

El artículo 6 de la legislación en estudio establece que:

“(…) La persona jurídica podrá ser condenada aún cuando no haya sido posible identificar o juzgar a la persona humana que hubiere intervenido, siempre que las circunstancias del caso permitan establecer que el delito no podría haberse cometido sin la tolerancia de los órganos de la persona jurídica”.

Por otra parte, el artículo 9 establece las eximentes de responsabilidad penal para la empresa al establecer que:

“(…) Quedará eximida de pena y responsabilidad administrativa la persona jurídica, cuando concurren simultáneamente las siguientes

circunstancias: a) Espontáneamente haya denunciado un delito previsto en esta ley como consecuencia de una actividad propia de detección e investigación interna; b) Hubiere implementado un sistema de control y supervisión adecuado en los términos de los artículos 22 y 23 de esta ley, con anterioridad al hecho del proceso, cuya violación hubiera exigido un esfuerzo de los intervinientes en la comisión del delito; c) Hubiere devuelto el beneficio indebido obtenido”.

Estas dos disposiciones nos dan la llave de acceso para poder sostener desde una interpretación sistemática de la legislación que, cuanto menos, no estamos en presencia de un modelo de imputación de responsabilidad vicarial absoluto y que, la legislación presenta algunos correctivos internos (*intra* sistema) para evitar la afectación al principio de culpabilidad para la persona de existencia ideal y evitar el esquema de responsabilidad penal objetiva que caracteriza al modelo de imputación de responsabilidad penal corporativa vicarial.

En este sentido, puede afirmarse que los rasgos característicos del sistema de responsabilidad penal vicarial del ente se configuran cuando la persona física que resulta imputada por un delito de aquellos que dan fundamento a una imputación penal corporativa, termina siendo sancionada penalmente a título individual por aquellos supuestos en el cuales -con posterioridad- se le atribuye al ente una responsabilidad derivada, siempre y cuando, no se den las eximentes del artículo 9; o cuando la persona humana que cometió el delito hubiere actuado en su exclusivo beneficio y sin generar provecho alguno para aquella, tal como expresamente lo prevé el artículo 2, tercer párrafo, antes reseñado.

Esto nos permite extraer una primera conclusión. El modelo de responsabilidad vicarial previsto por el artículo 2 de la legislación admite dos supuestos de eximente de

responsabilidad penal corporativa: a) el específico previsto para aquella (cuando la persona humana que cometió el delito hubiere actuado en su exclusivo beneficio y sin generar provecho alguno para aquella); b) las eximentes genéricas previstas por el artículo 9 de la legislación.

Esta perspectiva bifronte se aprecia de manera más evidente en el supuesto en el cual el directivo no pudo ser sancionado de manera individual, donde, el fundamento de la responsabilidad penal corporativa ya deja de ser vicarial para tratarse de un supuesto de imputación penal corporativa por defecto de organización, pues se hace responder a la empresa cuando haya existido una tolerancia con relación la práctica ilegal por parte de los órganos de la persona jurídica<sup>[892]</sup>. Estas consideraciones, nos hacen descartar de plano un sistema de responsabilidad con fundamentos exclusivo en un sistema vicarial como parece ser el contemplado en el sistema del Código penal para el delito de lavado de dinero y en la legislación especial penal tributaria.

En otro orden de ideas, si uno considera que la regulación de las causales de eximentes de responsabilidad penal como una manera también de expresión del principio de legalidad penal, esto es, si entendemos los requisitos legales que regulan las eximentes como verdaderos tipos legales cuya finalidad es bloquear la tipicidad penal, las eximentes previstas en el artículo 9 del régimen normativo comentado, vienen a corroborar la adopción de un sistema de defecto de organización, ya que acreditados aquellos en las distintas constelaciones de casos, la persona jurídica aparece exenta de sanción penal y por ende, el modelo de imputación penal vicarial quedará inoperante. Ello, en la inteligencia que las eximentes contempladas en el artículo 9 de la Ley no se limitan a los supuestos del artículo 6 (directivo no declarado responsable), sino que abarca también al supuesto de responsabilidad vicarial del artículo 2 (directivo declarado responsable).

Dicho esto, se puede concluir razonablemente en que el sistema de la ley penal empresaria regula tanto un sistema de imputación vicarial (artículo 2) a la par que un modelo de responsabilidad por el hecho propio de la persona jurídica -defecto de organización- (artículo 6); para luego converger en un sistema de eximentes donde el esquema de responsabilidad penal por defecto de organización tiene mayor peso que el vicarial (artículo 9).

Con otras palabras, las eximentes del artículo 9 se aplican tanto para los supuestos claramente definidos como modelo de defecto de organización (artículo 6); como para los casos de responsabilidad penal vicarial (artículo 2). Es decir, puede darse un supuesto de responsabilidad penal vicarial pero que luego termine siendo eximido de sanción en razón de la concurrencia de los supuestos regulados por el artículo 9, lo cual evidencia que el Legislador argentino no optó por un modelo vicarial absoluto. Es más, el modelo vicarial cede cuando operan las eximentes del artículo 9 que responden claramente a un modelo de responsabilidad penal por organización defectuosa.

En este orden de ideas, puede concluirse que el modelo que nos rige termina siendo un modelo de responsabilidad penal por defecto de organización. Esto está claro en los supuestos donde el directivo que intervino en el hecho no pudo ser sancionado a título individual y el fundamento del reproche corporativo se centra en la tolerancia de la alta dirigencia para con el delito. Ahora bien, también está claro en los casos de responsabilidad vicarial del artículo 2, puesto que, si la persona de existencia ideal se encuentra en condiciones de invocar en su favor las eximentes previstas en el artículo 9, se evidencia que fue ajena al delito cometido por el directivo y sancionarla, implicaría una afectación al principio de culpabilidad penal corporativa.

En esta misma inteligencia, si cometido un delito por un representante de la entidad y la empresa no se encuentra en condiciones de invocar a su favor las eximentes

previstas por el artículo 9, también su sanción se fundamenta en un supuesto de organización defectuosa, ya que al fallar sus estándares de *compliance* o integridad, legitima la imposición de una sanción penal en su contra con fundamento en el hecho propio de organizarse de modo inidóneo para la prevención de delitos.

En virtud de ello, se puede concluir que, si bien el Derecho penal corporativo puede tener criterios específicos de atribución de responsabilidad penal para el ente ideal, esta circunstancia no legitima claudicar de los principios de legalidad y culpabilidad penal configuradores de todo el sistema. Con relación al último de ellos, el cual ha sido analizado en el presente trabajo, solo se ve respetado por un sistema de imputación de responsabilidad penal por defecto de organización y no por uno pura y exclusivamente vicarial. Entiendo que ésta es una interpretación que, al respetar el estudio sistemático de la Ley y al incorporar una dimensión axiológica y valorativa que supere el mero tenor literal de la misma, se adecua a nuestro modelo constitucional de Derecho.

## **V. Conclusión**

Es aceptado por todos que, a partir de los estudios de FRANK, al concepto clásico de pena se le han integrado aspectos normativos por sobre los de contenido estrictamente psicológicos. Estos aportes normativos dieron fundamento a las nociones de exigibilidad y reprochabilidad como aspectos esenciales y específicos del juicio de reproche penal.

Es decir, con independencia de la discusión filosófica vinculada a la existencia o inexistencia del libre albedrío como presupuesto de la capacidad penal, la responsabilidad aparece como el fundamento necesario para justificar la imposición de una pena. En el ámbito social, tal como postula YACOBUCCI, el juicio sobre la



responsabilidad del sujeto ya no depende del mismo, sino que es pronunciado por otros -alteridad- asumiendo un marco regulador de los intercambios propios de la convivencia<sup>[893]</sup>.

Se aprecia en esta concepción de la culpabilidad, que la misma implica una ruptura con lo debido; una contrariedad del comportamiento reprochado con el ordenamiento jurídico; y de allí, puede afirmarse que la declaración de culpabilidad comunica o expresa, ya en sí misma, la contrariedad del comportamiento con el Derecho y, por ende, el comportamiento delictivo es inaceptable para el orden jurídico.

En esta concepción normativa de culpabilidad, la idea de exigibilidad responde a la libertad de elección del sujeto y, por ende, el reproche jurisdiccional por parte del Estado se encuentra totalmente legitimado en razón de la capacidad de autorregulación o autodeterminación del imputado, respecto de quien es esperable -siempre y cuando tenga las capacidades psíquicas necesarias-, la fidelidad de las normas que regulan justa y equitativamente la convivencia en sociedad. En otras palabras, libertad de actuación y responsabilidad de las consecuencias de tal libertad. La constatación de la capacidad de actuar de otro modo no es un dato psicológico, sino que se basa sustancialmente en una aserción normativa<sup>[894]</sup>.

En palabras de SÁNCHEZ OSTÍZ, el delito debe ser entendido como un proceso causal que se despliega en el mundo físico por un lado; y por otro, como un proceso humano que se imputa. El juicio que se expresa en la *imputatio iuris* es juicio adscriptivo por antonomasia, en el sentido que consiste en dirigir al agente un reproche por su hecho.

Así, la culpabilidad es entendida como juicio de reproche que implica un quiebre con el orden legal que le era exigible la sujeto que actuó, sumado al juicio que le reprocha al sujeto el poder haber actuado conforme a Derecho en lugar de haberse inclinado para el delito.

Es sobre esta perspectiva que entiendo posible construir -a partir de los estándares básicos de la teoría de la culpabilidad del Derecho penal nuclear-, los fundamentos de una culpabilidad institucional de la empresa que permita legitimar la aplicación de sanciones de carácter penal para la persona de existencia ideal, entendida como nuevo centro de imputación jurídico penal que la haga responsable por la puesta en marcha de riesgos socialmente desaprobados que provengan de acciones u omisiones de sus órganos.

En efecto, así como en el plano de la culpabilidad individual KELSEN fundamentaba el ámbito de libertad de la persona en el plano normativo, no existen óbices para considerar a la persona jurídica como un centro de imputación normativo -aunque carezca de las condiciones psíquicas y psicológicas de la persona para poder afirmar su libre determinación- que le permitan ser considerada culpable de un delito en términos penales. Así, en un contexto social donde la noción de ciudadano se encuentra estrictamente vinculada a la interacción social, los ciudadanos que deciden organizarse a través de la existencia de personas jurídicas -las cuáles ciertamente cada vez influyen más sobre la vida económica, política y social de las personas-, pueden perfectamente ser destinatarias de reproche jurídico penal en atención a la defraudación de expectativas sociales que lleven adelante, expectativas normativas que les haga exigibles actuar conforme al ordenamiento jurídico vigente.

En este contexto axiológico, puede constatararse que en el plano público y empresarial, cada vez más se exige a determinados sujetos mayores deberes de control sobre riesgos jurídicamente definidos de contenido penal, ampliando la noción de exigibilidad de control de determinadas fuentes de peligro a dichos sujetos por sobre la media exigible al resto de los ciudadanos. En este sentido, la posición o los deberes institucionales del sujeto han de tenerse en cuenta para discernir el marco de

exigencias jurídicas y, por lo tanto, ponderar las circunstancias de su actuación. Al respecto se ha destacado que quien por las funciones o tareas asignadas enfrenta profesionalmente riesgos y peligros especiales está sometido a un estándar de exigibilidad mayor al de un ciudadano común<sup>[895]</sup>. Estas reflexiones son perfectamente aplicables al ámbito empresarial y de manera más concreta a la problemática que genera la culpabilidad corporativa y el juicio de exigibilidad individual que se le hará al *compliance* que tienen la tarea interna de velar en la empresa por el cumplimiento de la Ley.

Sobre el particular, es claro que se han elaborado criterios de imputación especiales dentro del sistema penal, tanto desde la perspectiva material como la procedimental, para enfrentar la asignación de responsabilidad a estos nuevos sujetos. Es en este contexto, donde se advierte en el ámbito de la legislación penal empresaria argentina, que lo vinculado al alcance del aspecto subjetivo de la culpabilidad no solo abarca -en el plano subjetivo- a la que se lleva adelante mediante el concepto tradicional de dolo, sino también a través de nuevas formas de manifestación de aquel, tales como la tolerancia, mediante el cual se regula en nuestro sistema penal argentino la responsabilidad penal de la persona jurídica por su defecto de organización cuando no ha sido posible individualizar o sancionar a la persona individual responsable del delito.

Este nuevo concepto de tolerancia -en atención a las circunstancias del caso- se constituye en un elemento que integra la exigibilidad de la culpabilidad empresarial y es una nueva manera o estándar de reproche jurídico penal en razón de haberse podido actuar acorde al Derecho, no obstante lo cual, mediando una tolerancia corporativa, se aceptó el quiebre con el ordenamiento jurídico.

Es en este sentido, donde la responsabilidad personal no implica que el comportamiento imputado haya sido ejerciendo de propia mano por el sujeto. Al respecto, hoy se afirma que, en la vida social y política, las personas

integran en su ámbito de competencia deberes de control, aseguramiento, solidaridad o promoción, vinculados con la actuación de otros, por los cuales son garantes ante el orden normativo. Con todo ello, es perfectamente posible afirmar la responsabilidad penal del ente por infracción de los deberes de control, ya que la exigibilidad penal y el reproche se fundamenta en esta exigencia de organizarse como ente corporativo de manera fiel al orden jurídico.

En este contexto, la adopción de programas de cumplimiento de la Ley efectivos y adecuados con miras a los riesgos corporativos que enfrenta la empresa de modo particular, constituyen en términos análogos o de equivalentes funcionales, al soporte del juicio de exigibilidad que se le requiere a la persona física para fundamentar sobre éstas, el reproche jurídico penal corporativo. Así, mediante la elaboración de programas de cumplimiento apropiados, la empresa decide auto regularse de manera corporativa y busca adecuar su organización a la conformidad con el sistema legal vigente.

Así, los programas de cumplimiento constituyen sistemas de control social empresarial que ayudan al Estado y al Derecho penal en su tarea de controlar la criminalidad. Más concretamente, se ha afirmado que la mejor forma para optimizar esta colaboración es la introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, considerando que contar con una organización defectuosa o no virtuosa constituye el núcleo de su responsabilidad o culpabilidad<sup>[896]</sup>.

Analizadas estas cuestiones, entiendo que es posible legitimar una sanción a la persona jurídica adaptando las prestaciones del principio de culpabilidad -configurado para la teoría general del delito con foco en la persona humana- a la empresa como nuevo sujeto de Derecho penal. Esta idea de exigibilidad corporativa, también en la faz procesal, permite asegurar el estado de inocencia y la culpabilidad de la empresa en un proceso donde se investiga la comisión de una maniobra delictiva llevada

adelante por un funcionario que la integra, lo cual brindará la posibilidad de evitar una afectación al principio de culpabilidad por la mera producción de un resultado o por verse involucrado un funcionario de la asociación.

Esta noción de exigibilidad y su necesaria conexión con la culpabilidad penal de la empresa nos remite, a los fines de darle un contenido propio y específico, a la noción de autonomía, categoría que alude a la propiedad de un sujeto que se da normas a sí mismo. Con otras palabras, que no sean otros los que le den normas. Así, se ha sostenido que a esa ausencia de injerencia coactiva (obligante, obligatoria) de terceros es, en efecto, a lo que normalmente se alude con la expresión libertad negativa<sup>[897]</sup>.

En el ámbito de la culpabilidad penal empresaria, lo aquí relevante es entender a la empresa como un sujeto de Derecho que cuenta con una capacidad - deber de autonomía. Esto es, la posibilidad de darse a sí misma sus propias pautas de comportamiento y deberes de actuación en un ámbito social determinado. Esta capacidad de autonomía no necesariamente debe reconducirse a una capacidad efectiva en el plano ontológico de la libertad, tal como aquella que caracteriza a la persona humana; sino que es posible entenderla en el plano de la culpabilidad corporativa como aquella capacidad de autorregular su campo de actuación con relación al ordenamiento jurídico vigente.

Como puede apreciarse, esta capacidad de autorregulación empresaria no es neutra al ordenamiento jurídico, sino que deber ser entendida como el cumplimiento de una autorregulación empresarial que se encuentra orientada en concebir a la empresa como una actividad que en sí misma puede ser generadora de riesgos de características penales, de allí la necesidad que esa autorregulación de la autonomía corporativa tenga una clara orientación normativa: evitar la comisión de delitos empresarios que terminen configurando defraudación de expectativas normativas dirigidas a la asociación.

Suele sostenerse que la persona jurídica quedará exenta de pena si resulta acreditado que poseía un adecuado modelo de organización y gestión<sup>[898]</sup>. Ahora bien, el análisis del criterio normativo del adecuado sistema de control no debe ser un juicio abstracto, sino que el mismo debe ser analizado con relación concreta al riesgo que se ha acreditado en el delito específico cometido a través de la empresa y que forma parte de la investigación judicial específica. Es decir, se debe evitar que la mera existencia de un programa de cumplimiento sea meramente formal y que actúe como pantalla para blindar la responsabilidad penal de la empresa.

La gran discusión en España es si la persona jurídica quedará exenta de pena si resulta acreditado que poseía un adecuado modelo de organización y gestión, tal como lo establece la Fiscalía de Estado. En este esquema de excusa absolutoria, la carga de la prueba incumbe a la persona jurídica, que deberá acreditar que los modelos de organización y gestión cumplían las condiciones y requisitos legales<sup>[899]</sup>.

Por el contrario, en sede judicial se ha afirmado que la presencia de adecuados mecanismos de control lo que supone es la inexistencia misma de la infracción<sup>[900]</sup>. En efecto, en un esquema de imputación de responsabilidad penal por hecho propio para la persona jurídica, el núcleo de la responsabilidad de ésta, no es otro que el de la ausencia de las medidas de control adecuadas para la evitación de la comisión de delitos.

Es en este sentido, que puede afirmarse que los programas de cumplimiento empresarial vienen a configurar este campo de autonomía corporativa que, en el marco de normas definidas por el propio Estado, tienden a evitar la comisión de delitos. Es así que, en el ámbito de la empresa, la libertad negativa es ciertamente relativa, pues el Estado suele delimitar a través de disposiciones de carácter obligatorio o “modelos de sugerencia”, las pautas mínimas que deben reunir tales programas para ser

adecuados o eficaces en la prevención de delitos. Esto sucede en la Argentina a partir de los lineamientos diseñados por la Oficina Anticorrupción para que las empresas tomen y adapten, a partir de aquellos, las pautas mínimas que tales programas deben reunir.

En definitiva, se trata de un supuesto de corresponsabilidad por el hecho, con una fundamentación propia, autónoma y diferenciada de la responsabilidad para personas físicas por un lado y jurídicas por otro que, en todo caso, responden del mismo suceso<sup>[901]</sup>.

Con relación a la importancia de los programas de cumplimiento y su vinculación con un modo de determinar la responsabilidad penal de las empresas por su propio hecho, se ha afirmado en España que las reformas legales operadas en tal sentido avanzan en el reconocimiento de la responsabilidad autónoma de la persona jurídica por medio de la regulación de los programas de organización y gestión<sup>[902]</sup>.

Al respecto, ya en trabajos anteriores sostuve que el modelo de imputación de responsabilidad por hecho propio resulta más eficiente y más garantista<sup>[903]</sup>. Es más, en cierto punto he planteado que más allá del tenor literal de las disposiciones legales, la función judicial puede reinterpretar la legislación penal tributaria y de lavado de dinero y fundamentar un modelo de atribución por hecho propio con fundamento en una interpretación dinámica de los principios penales.

En esta misma línea se ha señalado que a las personas físicas y a las personas jurídicas se les imputa el mismo hecho (soborno, estafa, vertido contaminante, etc.), pero las razones por las que responden son distintas. En efecto, que la responsabilidad de un sujeto se encuentre relacionada con el hecho típico de otro no significa necesariamente que se tenga que responder por un injusto y una culpabilidad ajenos<sup>[904]</sup>.

Ciertamente, el Derecho penal argentino conoce múltiples supuestos de responsabilidad propia con relación

a la acción de otros a través de instituciones dogmáticas como la comisión por omisión o la participación delictiva omisiva. Nuestro sistema legal no es ajeno a este tipo de casos. Los fundamentos de imputación de responsabilidad penal del *criminal compliance* y por ende su eficiencia como nexo de imputación de responsabilidad penal propia de la empresa, pueden encontrar allí su razón de ser.

Nuestro sistema legal no es ajeno a regular en la Parte especial del Código penal supuestos específicos donde, frente a la concreción de un único y mismo riesgo jurídicamente desaprobado, dos son los niveles de imputación de responsabilidad penal. Uno para el responsable directo de su puesta en marcha, y otro para aquel que, por su posición jurídica, tenía un deber legal de velar por el cumplimiento de la Ley en el ámbito específico de actuación donde el resultado típico se materializó. A modo de ejemplo, cabe mencionar que el artículo 144 quinto del Código penal establece, en el capítulo relativo a las privaciones de libertad arbitrarias y apremios ilegales, el siguiente modelo de imputación:

“(…) Si se ejecutase el hecho previsto en el artículo 144 tercero, se impondrá prisión de seis meses a dos años e inhabilitación especial de tres a seis años al funcionario a cargo de la repartición, establecimiento, departamento, dependencia o cualquier otro organismo, si las circunstancias del caso permiten establecer que el hecho no se hubiese cometido de haber mediado la debida vigilancia o adoptado los recaudos necesarios por dicho funcionario”.

Aquí tenemos un antecedente interesante con relación al juicio de reproche dirigido al garante por la violación de los deberes de vigilancia y supervisión sobre un ámbito específico de tutela legal. Un claro ejemplo de participación culposa en delito doloso ajeno expresamente previsto por el



Legislador. Sin dudas, en mi opinión, un interesante marco normativo para que, a partir de una interpretación sistemática de nuestra legislación penal, pueda reconducirse el fundamento de la imputación penal para la persona jurídica de un modelo vicarial a otro por hecho propio y, de esta manera, no ver afectada la garantía sustantiva de culpabilidad penal de la empresa.

# LA SEGURIDAD HUMANA COMO POLÍTICA DE ESTADO

Diego Salamea Carpio\*

Desde la antigua visión platónica<sup>[905]</sup>; aquella que no surgió tan sólo de la contemplación de las realidades de su tiempo y de la insatisfacción que le inspiraban, sino de su repugnancia contra las teorías políticas corrientes, es decir, contra aquella política “insana” que suele utilizar al pueblo para alcanzar el poder, cuando el poder se alcanza en la política para complementarse en uno y convertirse en instrumento de servicio a los demás; pasando, por aquellos modelos rebeldes contra tradicionales modos de vida que rechazan ventajas sociales llenas de males, y que aspiran a un modo de vida radicalmente nuevo: a un mundo donde la concurrencia, la lucha de las personas entre ellas, el engaño, la crueldad y la represión no tendrían razón de ser<sup>[906]</sup>, hemos llegado, a conceptos divergentes de una política que tiene como fundamento y marco, variados escenarios entre los que encontramos importantes trasfondos sociológicos, filosóficos y metafísicos.

Lenin sostenía que la democracia es el gobierno del pueblo, por el pueblo y para el pueblo, es decir, un Estado Democrático dedicado a servir a la mayoría y procurar a todos, igualdad ante la ley, uno que deba protegerse -claro-, contra el egoísmo y la individualización de intereses; eso sí, con la obligación ineludible de proteger al individuo. Quizá, el pensamiento de Lenin quede cristalizado únicamente

empero, en párrafos literarios; esto, debido a que la realidad y la praxis son totalmente diferentes. Bien decía Russel: “*Mientras los científicos hacen posible lo imposible, los políticos parecen hacer imposible lo posible*”. En fin... este término, tiene varias aristas de interpretación, pues hace referencia a la traza o arte para conducir y resolver un asunto, o se refiere simplemente, a medios empleados para alcanzar un fin determinado<sup>[907]</sup>.

Según Leftwich, esta acción y actividad sociales, dentro del colectivo formal o informal, pública o privada, abarca actividades de cooperación y conflicto dentro de una sociedad<sup>[908]</sup> y es considerada actividad porque a través de ella, se gobierna, o se dirige acciones estatales en beneficio de la sociedad o de sus gobernados, acción descrita por Arendt<sup>[909]</sup> como actividad a través de la cual los seres humanos pueden transformar el mundo, pero que requiere de la participación comunitaria y de la existencia de un espacio público en el que los ciudadanos puedan obrar, expresar y deliberar de un modo libre. Hoy, la política como ciencia, prioriza áreas críticas, y, sus enfoques, apuntan hacia el bienestar colectivo... al ser como tal. Es, un término que encierra la realización y vivencia humanas del ser junto con los demás, todo, bajo un comportamiento racional de vida asentado en bases dirigidas al bien común<sup>[910]</sup>, aunque, se la mire distante y extendida de la sensación de bienestar, pues políticamente, se crean más problemas que los que se resuelven<sup>[911]</sup>.

La mayoría de Estados, tienen leyes que regulan la seguridad integral, cuidan de los derechos, y, se supone, velan por la justicia colectiva: Estos cuerpos legales, han sido establecidos para garantizar el orden público, la convivencia, la paz y el buen vivir, en el marco de sus derechos y deberes como personas naturales y jurídicas, comunidades, pueblos, nacionalidades y colectivos, asegurando la defensa nacional, previniendo riesgos y amenazas de todo orden, a través del Sistema de Seguridad Pública y del Estado<sup>[912]</sup>, es que, la seguridad implica un

conjunto amplio de asuntos que trascienden a la seguridad pública, y que deben atenderse a través de políticas públicas que integren al gobierno y a sus diferentes órdenes de forma coordinada.

Ante la pregunta: ¿Qué es política?, Hannah<sup>[913]</sup> responde que las respuestas pueden surgir, sólo, si ya no hay ni son válidas las respuestas formuladas por la tradición, pues hay que formularlas de nuevo en un momento, tras las experiencias políticas del segundo cuarto del siglo XX, en que han estallado nuestras viejas categorías de comprensión y estándares de juicio moral y en que el único paso que la reflexión ha dado y ha consistido en el simple proponer viejas respuestas a la nueva situación, convirtiendo la dificultad en inofensiva, tal vez, por esta razón, es que vivimos en un mundo en que el propio cambio se ha convertido en algo tan obvio que corremos el riesgo de olvidar incluso qué es lo que ha cambiado<sup>[914]</sup>.

Para Carrión<sup>[915]</sup>, es imprescindible abrir el debate de un tema de crucial importancia en el ámbito de la (in) seguridad ciudadana: las relaciones dialécticas entre violencia y política, expresadas en el hecho de que la violencia ha producido -implícita y explícitamente- vínculos con la política y de que en la búsqueda de la seguridad ciudadana también está presente con fuerza, lo cual muestra que la violencia es un elemento fundamental en la construcción y el ejercicio del poder, volviéndose también necesario desmenuzar el vínculo recíproco entre violencia, seguridad y política.

El problema de la violencia, se describe modernamente como una especie de telaraña donde las causas -desde lo interpersonal a lo global- y las consecuencias, están conectadas unas a otras. La respuesta, por consiguiente, no puede ser única ni referida a pocas variables, pues obedece a variada multiplicidad de acciones y en diversos campos; ello, dificulta el camino del diseño, elaboración, aplicación, implementación y evaluación de las políticas públicas de seguridad<sup>[916]</sup>. No hace mucho, sin embargo, las modernas

teorías del desarrollo empezaron a conceptualizar la seguridad de un modo integral -como debe ser-, calificándola de Seguridad Humana<sup>[917]</sup>, definición que políticamente articula variables e indicadores, y, es a través de sus procesos, que podemos medir avances en igualdad y democracia, además de fijar metas gubernamentales y encausar objetivamente el tema seguridad en niveles macro, proporcionando insumos para tejer, encausar e implementar políticas gubernamentales; aunque, pese a las imprecisiones y discrepancias que rodean el término seguridad, de modo integral, se aprecian hoy aportes positivos y potencialidades, tanto en el plano de la seguridad como en el del desarrollo o el de la gobernanza democrática, sin ocultar que su propia formulación presenta deficiencias y problemas, al tiempo que su materialización práctica plantea dudas y conlleva diversos riesgos<sup>[918]</sup>; como fuere, es, a partir de este concepto universalizado, que aparecen otros tantos nuevos como el de seguridad social, seguridad ciudadana, seguridad pública, etc.

Ciertas definiciones de seguridad, empero, comparten esencia en el sentido de que su fin último es el mantenimiento de la integridad, estabilidad y permanencia de un Estado y de sus elementos constitutivos, esto es, de su población, territorio y gobierno<sup>[919]</sup>; claro que, cierta gobernanza prioriza el mantenimiento y estabilidad de su régimen antes que la seguridad ciudadana como tal frente al crimen y el delito, y, la seguridad integral, no se la enmarca en el ser humano, como debería; ni se engloba como fenómeno multidimensional; peor aún, se busca sus causas en la desigualdad, la exclusión, la pobreza, la inequidad o la injusticia.

La Comisión de Seguridad Humana, en su informe final Human Security Now, definió seguridad humana como: "... protección del núcleo vital de todas las vidas humanas de forma que se mejoren las libertades humanas y la realización de las personas. Seguridad humana que

significa proteger libertades fundamentales, aquellas que son la esencia de la vida, que significa proteger a las personas de situaciones y amenazas críticas (graves) y más presentes (extendidas), que utiliza procesos que se basen en fortalezas y aspiraciones de las personas, que crea sistemas políticos, sociales, medioambientales, económicos, militares y culturales que, de forma conjunta, aporta fundamentos para la supervivencia, el sustento y la dignidad”<sup>[920]</sup>, pero: ¿se protege la vida humana? ¿existe libertad? ¿se respeta la dignidad humana?

El hombre moderno es incapaz de controlarse a sí mismo, por ello, surgen leyes y cuerpos legales donde se plasman políticas de seguridad que abrazan la política criminal, cuyo objetivo es la luchar contra el delito para lograr orden en la vida de una comunidad<sup>[921]</sup>; sin embargo, la solución no está en la obesidad normativa. Leyes existen, el problema es su aplicación y lo que se haga de y con esos cuerpos normativos.

Vivimos tiempos de caos. De incertidumbre. Impunidad y corrupción casi generalizadas. Hay crisis en los sistemas de justicia, seguridad, penitenciario, además de una ausencia de políticas criminológicas; pronunciadas éstas, por el encarnizado martirio que viviera la humanidad, consecuencias post pandemia fácilmente atribuibles a la irresponsabilidad estatal que no supo trabajar en proyectos de previsibilidad integral ni en programas con acciones dirigidas a minimizar impacto y riesgos. Lejos de trabajar en ello, muchos gobiernos optaron por procedimientos violatorios de derechos humanos, o recurrieron como alternativa a la represión, tomada ésta, como dique para contrarrestar el auge delictivo<sup>[922]</sup> y el avance de la criminalidad. Sin duda, fueron estrategias equivocadas, ineficaces, producto de la improvisación de equipos gubernamentales que consideran todavía que la mejor estrategia es el ataque, que piensan que la estrategia del “primer golpe” da muy buenos resultados... equipos de la

época de las ventanas rotas y del oscurantismo criminológico.

Todos hablamos de seguridad e inseguridad. La integridad humana como tal, sin embargo, pasó a un segundo plano. Arribamos a la etapa del miedo. Pasamos por una etapa de sicosis colectiva producida por el incremento y el avance delictivos. Existen “terror y angustia” que llevan al ser humano hacia una huida de su propia libertad. La ciudadanía, frente a la incontenible delincuencia y sus avances, exige de los gobiernos respuestas inmediatas; respuestas concretas que al menos frenen el auge criminal. Es que no pueden diseñarse proyectos y programas de corte mediático y sin planificación, pensando en réditos políticos. Los programas represivos como “soluciones” parches con acciones agresivas, incrementos no estudiados de cuerpos policiales; de persecuciones implacables contra líderes de organizaciones criminales; dotaciones de nuevas y modernas armas de exterminio, así como adquisiciones no planificadas de equipos criminalísticos y tecnológicos, no son la solución. El exterminio criminal no planificado crea una mitosis delictiva. La criminalización de la criminalidad es un craso error.

Sabemos que no hay seguridad ¡es cierto! ¿Quién está seguro hoy? ¿Quién puede sentirse seguro en un mundo marcado por la violencia y el extremismo criminal?, nadie podríamos decir. La respuesta es obvia: todos portamos sentimientos de inseguridad mientras los responsables de la seguridad colectiva miran con paciencia a la criminalidad y el terror recorrer las calles vestida de multicolores manifestaciones<sup>[923]</sup> ¡Nadie está seguro en ningún lugar!. Por doquier recorren los tentáculos del miedo, pero no solamente el miedo de la criminalidad azota, un nuevo tipo de miedo nos persigue y es el miedo político que surge de la desigualdad, útil para quienes se benefician de ella y tan perjudicial para sus víctimas<sup>[924]</sup>, aquel que es utilizado como instrumento del poder contra el impotente y que

bloquea la reacción del débil ante el poderoso, y que resta posibilidad de que el impotente despoje algún día al opresor de sus privilegios.

La construcción del bien común es tarea de todos y especialmente de los poderes públicos que deben orientar sus miras hacia la consecución de ese bien, para ello, deben tomarse procedimientos y pasos oportunos, de modo que, respetada la jerarquía de valores, se promueva a un mismo tiempo la prosperidad material y los bienes del espíritu<sup>[925]</sup>, es que el fin del Estado es el bien común<sup>[926]</sup>, bien común que debe ser también finalidad del Derecho; y, el Estado no es el Derecho ni su señor, sino que vive en el Derecho, y su poder tiene el fin de servir al Derecho y protegerlo, por lo que debemos entender al bien común como más que un mero orden positivo del Derecho<sup>[927]</sup> y toda política pública debe obligadamente a ser direccionada a solucionar problemas que aquejan a un colectivo. Bajo esta premisa, la delincuencia y la criminalidad son problemáticas colectivas, problemáticas ya inmersas en los nuevos conceptos de política pública.

Dado que el fenómeno de la violencia, la inseguridad, la criminalidad, son multicausales, debe contemplarse herramientas destinadas a atender cada uno de los aspectos relacionados con éstos problemas de inseguridad, pues la convivencia y seguridad ciudadana, como componentes básicos de la seguridad humana, son claves para garantizar el goce y disfrute de las opciones que promueve el desarrollo humano, y que se vuelven temas prioritario para los organismos estatales, cuanto a los diferentes gobiernos locales y ciudadanos que practican y llevan adelante política pública, proyectos o programas dirigidos a disminuir índices de violencia y delincuencia en sus ciudades. Lamentablemente, los organismos gubernamentales, no tienen definidas políticas criminológicas, pese a que los gobiernos saben y conocen que no puede jugarse con la vida ni la seguridad humana.



Frenar la delincuencia y el crimen organizado en estos tiempos, es un proceso nada fácil; peor, si no se ha trabajado con bases educativas. La Criminalidad no sólo que ha ganado terreno en todo sentido, va delante de las estrategias estatales y después de la tragedia humana, comenzó a recuperar espacio. Se palpa una retroactividad criminal que viene acaparando espacios perdidos y trata de recuperarlos a toda costa. Sólo es cuestión de mirar los diarios del mundo para darnos cuenta que las organizaciones y bandas criminales han desplegado intenso trabajo para ello, mientras en los niveles estatales se trabaja de una forma parsimoniosa y con relojes sin tiempo en la elaboración de políticas que con seguridad resultarán ineficientes, pues los equipos “especializados” son equipos improvisados y de último momento, con estructuras “multidisciplinarias” que desconocen el tema en su totalidad, lo cual resulta ciertamente alarmante, equipos -digo- en ocasiones mucho más peligrosos que la misma criminalidad. Tal parece, y por lo visto, que lo único organizado en muchos Estados es precisamente el crimen organizado.

No existe tiempo para inventar sistemas o crear organismos que, más que servir a la seguridad integral, se convierten en pilares del sostenimiento del poder estatal. Esos juegos improvisados, permiten que los pocos esfuerzos gubernamentales para acabar con la criminalidad o para frenar sus avances -al menos- hayan sido infructuosos e ineficaces, problema al que se suman otros aspectos como: corrupción, falta de políticas de prevención, reinserción social; rehabilitación; debilidad policial y altos índices de desconfianza; de ahí, lo importante que resulta entonces generar nuevos enfoques “gobierno y ciudadanía” e implementar una ingeniería social integral para la solución del problema delictivo, mediante la regionalización y el trabajo de comités técnicos ciudadanos y profesionalizados<sup>[928]</sup>.

La inseguridad ciudadana ha sido enfrentada a puro golpe ciego. Se ha dado palo a lo que se encuentra en el camino. Se ha intentado con políticas punitivas y sea ubicado dos vertientes totalmente definidas: una, el incremento del gasto público destinado a las agencias encargadas de la prevención del delito, de la procuración de justicia, la impartición de justicia y la administración de justicia; y, por otro lado, se ha acogido el aumento de la penalización de las conductas tipificadas como hechos delictivos, especialmente en la privación de la libertad como sanción. Lamentablemente, la asignación de mayores recursos presupuestales para el “combate a la delincuencia” no sirve si no existe planificación criminológica. El dinero, no garantizan mayor seguridad para los ciudadanos, como tampoco el incremento o contratación de un mayor número de policías soluciona el problema. Comprar más patrullas o construir prisiones cada vez más grandes<sup>[929]</sup> resulta para muchos gobiernos un desperdicio total de recursos pues no se los utiliza de un modo óptimo y adecuado. Es que lo hacen para disminuir la percepción de inseguridad de la población y para crear la sensación de que se trabaja por la seguridad ciudadana. Aunque se diga que lo económico es importancia y que los recursos invertidos en la creación de unidades de vigilancia comunitaria, unidades o centros de control o de atención inmediata, esta solución está lejana de erradicar el problema en su raíz. Son “analgésicos criminológicos” que únicamente alivian la psicosis colectiva. Consideremos por un momento que la violencia y la criminalidad migran, o, al igual que la prostitución, se mueve; entonces, nos daremos cuenta de que el gasto no planificado puede ser una dilapidación injusta de recursos. Ahora, si los enfoques diseccionados en gestión pública, permiten por ventaja establecer competencias y evaluar cumplimientos asociados al ejercicio presupuestal, la seguridad integral debe ser tomada como uno de los componentes del desarrollo social integral, componente que a su vez, debe

ser estudiado y comparado históricamente para determinar la génesis y el origen de la violencia y la criminalidad; pero, nos vemos avocados a otro gran problema: ¿cómo evaluamos si ni siquiera disponemos de diagnósticos, mapeo o cartografía delictiva?

Los programas gubernamentales, debe ser planificados considerando la agenda social integral, es decir, distribuyendo ejes que sistematicen y aterrizen luego en líneas de acción, programas, proyectos, metas, y recursos orientados al cumplimiento de los grandes objetivos políticos como equidad, calidad y eficiencia<sup>[930]</sup>, lo que en buen romance significa acción inmediata o políticas reales a través de proyectos concretos.

No olvidemos que la criminalidad enrumbó hace rato la modernidad hacia andariveles perfectamente establecidos en los que un Estado tiene que decidirse, entre llevar adelante medidas de emergencia y a corto plazo para aliviar necesidades imperiosas, o, tomar espacios de largo alcance cuyos frutos se verán no de inmediato, pero, que servirían para cubrir a futuro las insuficiencias en los años venideros. Como se verá, los gobiernos no toman atajo complicados y de largo alcance pues políticamente, éstos, no dan rédito alguno. Además, el populismo siempre optará por lo primero, es decir, en materia de inseguridad, por analgésicos que obnubilarán momentáneamente al imaginario, analgésicos convertidos en medidas populistas calculadas que cuidarán el capital electoral e intereses políticos, consecuentemente, si una medida a corto plazo quita peso en la percepción de inseguridad, el problema de la inseguridad continuará in crescendo con el paso de los días.

Las demandas de seguridad son múltiples y a menudo antagónicas. La seguridad se inscribe en toda una diversidad de situaciones, por esta razón, estudiar en serio el desarrollo de la violencia, permite tener una mirada diferente de los protagonistas de la inseguridad y de las políticas de seguridad<sup>[931]</sup>; políticas que, tienen que

considerar el reclamo colectivo inclusive. Quizá, por ello, la ONU haya brindado espacio a la cohesión social y el Banco Mundial haya apostado por la cultura del diálogo como polo opuesto a la cultura de la violencia<sup>[932]</sup>.

La Política Criminal al parecer, tomó pista con procesos criminales muy bien estructurados. Hablamos entonces de una super criminalidad. Una que no solamente ha cubiertos áreas delictivas, sino que, se ha enquistado en poderes altos a niveles gubernamentales. Bustos<sup>[933]</sup>, describe esta perspectiva, por esta razón menciona y subraya la relación Estado y política criminal. La política, o una política pública, por lo anotado, no puede darse el lujo de ser exclusivas ni excluir. Las Agendas de Desarrollo Social -yo diría social-integrales-, entonces, deben estructurarse con grandes metas dirigidas a reducir las desigualdades económicas, sociales y territoriales, más la garantía de la protección social integral de la población, metas cuyo norte sustancial está en la recuperación del rol estatal para garantizar a los gobernados un buen vivir y un entorno sano y seguro<sup>[934]</sup>, sólo así, podremos hacerle frente al avance de la criminalidad.

Constitucionalmente, deben generarse condiciones para buscar protección integral de los habitantes a lo largo de sus vidas, asegurando derechos y principios reconocidos, particularmente, la igualdad en la diversidad y la no discriminación, priorizando acciones hacia grupos que requieran consideración especial por la persistencia de desigualdades, exclusión, discriminación o violencia, o en virtud de su condición etaria, de salud o de discapacidad<sup>[935]</sup>, aunque de manera general todas las constituciones apuntan a “garantizar la seguridad humana”, mediante políticas y acciones integradas, promueven cultura de paz y dicen, los gobiernos son responsables de prevenir las formas de violencia y discriminación y la comisión de infracciones y delitos, cosa que en la práctica no se ve. Ahora, siendo así, una forma eficaz de poder mantener la seguridad pública es

anteponerse en la medida de lo posible a los fenómenos delictivos, pero no con medidas de prevención esporádicas como rondas, retenes, persecuciones, etc., sino que debe planificarse en base a las causas supremas que dan origen a la criminalidad, algo que es posible conociendo la genealogía del delincuente, origen y raíces, situación que permitiría lograr prevención primaria y por ende, la disminución de los índices delictivos en todos los aspectos.

Debemos viajar en definitiva al núcleo del delito, a través de la conducta delictiva. Pero ¡No! ¡Qué va! ¡Vamos directamente a reprimir, reprimir y reprimir! Si estamos convencidos que nadie nace siendo delincuente, entonces, esta situación es un aspecto de vida que se desarrolla cuando convergen diversas causas y existe un motivo detonador, que para el infractor parece justificable. ¿No hemos justificado en ciertos casos, y hemos mencionado que merece perdón aquel delincuente que ha cometido un delito para dar de comer a sus hijos debido a la falta de empleo y a su extrema pobreza?

Los resultados obtenidos mediante políticas de seguridad en términos de reducción de la tasa de inseguridad, hasta ahora, han sido insuficientes. La mayoría de Estados han fracasado en sus políticas de seguridad integrales. No se ha podido comprometer suficientemente a las comunidades locales ni a la totalidad de los ciudadanos en la búsqueda colectiva de la seguridad y de la convivencia pacífica. La participación y el control de los ciudadanos ha sido escasa y ni han sido considerados todavía como elementos esenciales de la convivencia pacífica y de la política de seguridad pública, particularmente en contextos urbanos<sup>[936]</sup> ¿Será que existe ausencia de líderes que se comprometan con estos cambios trascendentales?

Los “nuevos líderes tienen que entender que si han sido eficientes al momento de rescatar algo de la subjetividad social, deben trabajar con mayor fortaleza en nuevas formas de acción social... es que los tiempos cambian<sup>[937]</sup>.

Políticamente, los puntos de vista tradicionales de seguridad nacional y de seguridad pública han delimitado ciertos ámbitos de inseguridad y ciertos tipos de comportamiento criminal -y por ende ciertas áreas de responsabilidad y de acción- a la criminalidad y la delincuencia en los espacios públicos. Estos análisis, limitaron en alguna medida la comprensión de la violencia como fenómeno social y la capacidad de abordarla de manera integral y efectiva a través de la legislación o la política pública<sup>[938]</sup>, pero, Arriagada<sup>[939]</sup> considera trascendente articular políticas sectoriales y transversales bajo el paraguas de una amplia coordinación social, una, que articule instancias gubernamentales intrasectoriales e intersectoriales con la sociedad civil sustentada en un Estado que fortalezca nuevas formas de gestión social, que privilegie la construcción de redes interinstitucionales y una nueva cultura organizacional abierta y horizontal; y, para el logro de esos objetivos, es imprescindible por lo tanto mejorar la calidad de los recursos humanos y generar nuevas formas de interrelación y comunicación entre los distintos ámbitos del aparato estatal, por medio del trabajo en red y del gobierno electrónico.

Sostiene el analista, que los gobiernos pueden hacerlo, ahora, que tienen equipos intersectoriales que trabajan en conjunto ya que contrariamente, la ausencia de instancias intersectoriales de coordinación se traduciría en riesgos de superposición de políticas sociales con un mismo fin, de un funcionamiento ineficiente e incapaz de contribuir a la superación de la pobreza y a disminuir la brecha social existente; así, se generarían servicios de baja cobertura y calidad. Por otra parte, la falta de un hilo conductor podría desmotivar el esfuerzo público o privado por generar mayor independencia y dignidad en los beneficiados por las políticas, mientras no exista alguna garantía de recepción y de operatividad de las medidas; por ello, resulta esencial entonces examinar las formas de ejecución y operación de las políticas públicas especialmente en tres ámbitos

relacionados con la mejora en su implementación: al interior del gobierno, en el aspecto comunicacional-participativo y en el político-legislativo.

Desde hace más de una década, la seguridad ciudadana se ha instalado como tema central de las agendas públicas estatales. Ello ha sido coincidente no sólo con la plena recuperación democrática en todo el continente, sino también por un aumento efectivo de la tasa de delitos cometidos (...) Sin embargo, esta importancia no ha ido refrendada desde la política por parte de las fuerzas progresistas con un desarrollo más elaborado, tanto de políticas públicas, como de un discurso doctrinario, que integre los diversos componentes de la seguridad ciudadana y le entregue un sentido estratégico a las soluciones que se intentan. Más bien, las acciones gubernamentales y los discursos políticos aparecen dominados por el síndrome del temor y del corto plazo, con claro predominio de soluciones que privilegian el uso de la fuerza y las restricciones de libertad como mecanismos aptos para delinear las soluciones; es decir, un sentido bastante diferente a aquel en que se supone avanzan los cambios sociales con profundización de la democracia, quizá por ello, ESCOBAR<sup>[940]</sup> sostiene que, la política de seguridad ciudadana, a la hora de ser diagnosticada y explicitada como voluntad de acción, precisa contexto social e inserción en una visión de desarrollo social. Además, el uso de la fuerza ni la militarización de la seguridad funcionan. Un claro ejemplo de aquello es Brasil, país donde se utilizó al ejército para ingresar a las favelas, y, lo único que logró el gobierno es que el crimen organizado se equipe y se arme tanto que, en la actualidad existen muchos lugares a donde no puede ingresar ni siquiera la milicia. Cosa igual ocurrió en Colombia o México.

Es que la política gubernamental en mayoría, carece de un discurso estratégico sobre la ciudad, sus espacios, la cultura, el ocio y la recreación; una política de información

y participación ciudadana o un sistema integrado de administración de justicia, por mencionar aspectos significantes. No tiene probabilidades de ser exitosa, pues la seguridad es un bien que apunta a la calidad integral de vida de los ciudadanos, y no sólo a la ausencia de delitos o amenazas contra la integridad física o moral de las personas; y, si bien es visible en su especificidad, sus soluciones exitosas sólo son posibles en un contexto amplio.

El tema seguridad, hay que tratarlo y con urgencia, debido a los altos índices estadísticos de violencia, al incremento de acciones que rayan en lo inhumano y que han acaparado la atención de las autoridades en Latinoamérica y el mundo. Su problemática, ha ocupado buena atención y se destinado presupuesto, rubros, incremento de remuneraciones policiales, adquisiciones de pertrechos militares, creación de organismos de inteligencia y contrainteligencia para tratar de frenar el auge delictivo, pero la solución no va por esta vía -recalco-. Es que las políticas no están orientadas a resolver el problema en sus raíces, sino a resolver la seguridad de los funcionarios de la burocracia. A esto, súmese la creación de organismos "técnicos" de diagnóstico, análisis y procesamiento de minería de datos contra el crimen, equipos de "solución" pero que resultan ser organismos fugaces y momentáneos, cuya creación viene con una partida de nacimiento, pero que, al tiempo que se los crea, parece ser se les extiende también las partidas de defunción.

Según la OEA, el paradigma de respuesta gubernamental a los problemas de seguridad integral ha cambiado. Hoy, se ha empezado a impulsar una nueva generación de reformas que dejaron atrás la visión proteccionista del Estado hacia una propiamente de seguridad humana integral que incluye el diseño de políticas de prevención, con participación ciudadanía y con énfasis en la relación policía/comunidad y trabajo en territorio.



El problema de la inseguridad tiene que tratarse de forma integral, de modo que las instituciones del Estado trabajen con la comunidad anexándola bajo una verdadera integración. Más que acciones individuales y aisladas, deben implementarse estrategias integrales a largo plazo, considerado “estrategias urbanísticas implementadas en las ciudades, con acciones simultáneas en todos los niveles de planeación estratégica y políticas integrales que incidan en la disminución del delito y la violencia<sup>[941]</sup>.

El gobierno es para un pueblo porque éste es para su permanencia. El aparato estatal tiene que despertar esa capacidad de percepción que en el fondo le indique hacia dónde ir, anticipando que la gobernabilidad democrática, en tanto concepto, articula aspectos fundamentales: consenso social (legitimidad) y eficacia, por lo que, podría decirse que la gobernabilidad debería centrarse en “la capacidad estatal de contar simultáneamente con legitimidad y eficacia, como condiciones esenciales para garantizar su existencia”, es que ambos elementos funcionan de una manera recíproca, en virtud de que un gobierno es eficaz resolviendo problemas reales de la población; así, es como el consenso social y la confianza crecen. Si ocurre lo contrario, la legitimidad disminuye y la gobernabilidad tambalea<sup>[942]</sup>.

Los sistemas político-estatales, en materia de seguridad, deban tener presente que es importante articular y coordinar acciones con todos los organismos en territorio, respetando sus ámbitos de competencia territoriales y sin miramiento político, en virtud de que la delincuencia se mueve, además de conocer, analizar y aplicar temas como: a) Establecer nuevos conceptos de seguridad pública que comprendan la prevención del delito, la procuración e impartición de justicia y la readaptación social; b) Reforzar el trabajo de las instituciones inmersas en seguridad pública y seguridad ciudadana, dotándolas de personal capacitado y asumiendo el rol protagónico con seriedad y transparencia; y, c) Establecer Redes Interconectadas de

Seguridad Pública o de Información, al servicio del combate a la criminalidad, con infraestructuras, desde luego, compuestas por enlaces y equipos de telecomunicaciones que permiten transmitir información en tiempo real a los usuarios interconectados. Estas redes, consideradas herramientas contra la delincuencia y el crimen organizado, más los centros concentradores de datos para configurar y elaborar mapas delincuenciales nacionales y la implementación de proyectos que cuenten con herramientas tecnológicas, informáticas, y normas de seguridad y que tengan acceso para garantizar la integridad, homogeneidad y confiabilidad de la información con base en estrictos sistemas de monitoreo y seguimiento de usuarios, serán una muy buena alternativa. Asimismo, los gobiernos deben establecer la posibilidad de interconexión de voz, datos, video e imágenes, entre las dependencias nacionales instaladas mediante nodos de interconexión de las comunicaciones (NIT's) que deberán ser instalados para el efecto y que se constituyen en llaves para la interoperatividad de Sistemas Únicos de Información, aunque lamentablemente, en ciertos países se les da otros usos y más bien son espacios para Inteligencia Política y se convierten en medios de control como aquellos que fueron utilizados en la guerra fría<sup>[943]</sup> o para perseguir "enemigos políticos"

Toda propuesta sobre seguridad humana va acompañada del síndrome del temor y del corto plazo, amén de que políticamente poco interesa este tema y cualquier resultado positivo sería a largo plazo<sup>[944]</sup>. En este aspecto, desde hace muchos años, se está mirando el árbol y no el bosque, se trabaja de acuerdo a lo coyuntural y de acuerdo a la presión de los actores mediáticos y medios de comunicación; por ello, en las respuestas predominan soluciones que privilegian el uso de la fuerza, cuando se debería trabajar el efecto y no la causa, allí está el error precisamente, porque debemos primero aceptar que estamos frente a un fenómeno social, en el cual las

dinámicas de violencia y criminalidad, son subproductos de patrones de desigualdad y exclusión social, y sin duda, trabajando este solo factor se podría empezarse a revertir parte del problema, aunque es cierto que manteniendo las condiciones estructurales que permiten la comisión de los delitos, poco se habrá avanzado, por ello, la política de seguridad a la hora de ser diagnosticada y propuesta como voluntad de acción, precisara de una visión de desarrollo social, ya que una política sin un discurso estratégico sobre la ciudad, espacios, cultura y recreación, información y participación ciudadana, no termina siendo un sistema integrado<sup>[945]</sup>.

La sociedad vive una conmoción tal que no sabe cómo definirse ante las nuevas inseguridades<sup>[946]</sup> y se resalta los cambios significativos en las formas en las que se expresa la inseguridad respecto de lo que pasaba a inicios de la década pasada o fines de los noventa del siglo pasado, destacándose que buena parte de la inseguridad comienza a atarse al surgimiento de un nuevo tipo de comportamiento criminal, mafioso, diferente al que ocurría antes y que no solamente tiene una característica nacional sino internacional; comportamiento que sin lugar a dudas ha llegado al extremo del control territorial en ciertos lugares con un ajuste de cuentas propio del crecimiento criminal, haciéndose necesario entonces, un análisis más a fondo de la seguridad, cosa que lamentablemente se lo hace escasamente y de manera no tan responsable, además del poco trabajo serio sobre las nuevas manifestaciones de la inseguridad debido a la falta de instrumental y a la tradición analítica en este sentido, aspecto al que le agregaría aquel “shock de terror”, permitido por los Estados, debido a su ineficacia e ineficiencia; inutilidad y desconocimiento, más su incapacidad de reacción, situación que da como resultado el arrastre del ser humano a la reclusión no sólo en su domicilio sino en su propia angustia, obligado a encerrarse al interior de su miedo; por ello, el Estado, urgentemente, debe procurar condiciones

mínimas y necesarias que se requieren para garantizar a los ciudadanos una vida digna; y, el punto de partida para brindar esas condiciones es reconocer los derechos fundamentales de que son titulares todas las personas por el hecho de serlo<sup>[947]</sup>.

Recordemos que las políticas públicas en su conjunto son un cristal a través del cual pueden visualizarse transformaciones de las relaciones entre el Estado y la Sociedad<sup>[948]</sup>, pero debe tomarse en consideración y bajo una perspectiva teórica, como debe destacarse la importancia que asumen en los últimos tiempos las temáticas vinculadas a nuevas formas de gobierno, gestión y toma de decisiones orientadas a estimular, y que anexan una perspectiva más horizontal y concertada; procesos de desarrollo a nivel local, y que examinan las fuertes transformaciones que han experimentado las instancias tradicionales de gobierno y gestión a partir de la emergencia de perspectivas más amplias basadas en la interacción y participación de múltiples actores; escalonando la relevancia del contexto territorial y local y sus particularidades en términos de desarrollo y tamizando las distintas posibilidades de promover política e institucionalmente nuevas formas de gobierno y gestión pública orientadas a estimular procesos de desarrollo local, teniendo en cuenta los principales desafíos que presenta un escenario territorial<sup>[949]</sup>.

Desde el ángulo estatal, se elaboran mecanismos sociales institucionales para diferenciar la violencia legítima de la ilegítima y para los Estados, esta es una realidad paradójica, pues a la vez que controla el uso de la violencia -en la concepción tradicional de Weber-, tiene el monopolio del legítimo uso de la fuerza; por consiguiente, el Estado es un factor clave en la prevención, la producción, el control y la sanción de la violencia. Desde el pacto hobessiano, se presume que la sociedad entrega el poder al Estado, dentro del cual se encuentra el uso de la fuerza, y en retorno recibe garantías de libertad y

seguridad. Si ello no es así, se abre la alternativa perversa del recurso a tomarse la justicia por la propia mano.<sup>[950]</sup>

La prevención, es un factor clave para eliminar la criminalidad. Según el Instituto Chileno de Estudios Municipales, la presencia de una industria de la prevención se hace evidente cuando agentes públicos y privados construyen un lenguaje común, un tanto inusual, al señalar que la respuesta más clara, efectiva y duradera en torno a la seguridad pública es la prevención de la criminalidad e indican la importancia de la promoción comunicacional con respecto al tema y generada desde distintos ámbitos: gobierno, centros privados de estudio, partidos políticos, municipalidades. Claro, no con trasfondo político se entiende, sólo así, este tipo de industria, sería respuesta políticamente correcta a ciertos factores que apremian la reducción de la criminalidad: inmediatez, (altas consecuencias políticas derivan de la inacción pública) higienismo, (relativamente escasas consecuencias políticas trae sustentar acciones en el marco preventivo), transversalidad (la prevención es una herramienta que si bien surge de un sector ideológico progresista es aceptada por el conservadurismo político sin grandes complicaciones).

Todo proyecto debe contar con el respaldo literario, inocuo muchas veces para la sociedad, a diferencia del control del delito o su penalización. La solución no es el extremismo, punitivismo o populismo penal. Al aspecto preventivo, no se le ha dado la importancia real, ni se debate sobre la idea de una nueva seguridad humana y de su desarrollo que permite a las personas participar en las estructuras de gobernabilidad y hacer que su voz sea escuchada, porque para ello se requiere crear instituciones sólidas, que establezcan un Estado de Derecho, que sepa potenciar a las personas, que conozca cómo coordinar el trabajo estatal con los gobiernos locales municipales, y que sepa engranar la activa participación ciudadana, en

definitiva, que su meta sea mejorar la seguridad comunitaria<sup>[951]</sup>.

La seguridad humana, en primer lugar, es fundamental a la hora de responder a la complejidad y la interrelación de las amenazas para la seguridad, tanto conocidas como nuevas, que van desde la pobreza crónica y persistente hasta la violencia étnica, pasando por el tráfico de personas, el cambio climático, las pandemias, el terrorismo internacional y el empeoramiento repentino de la situación económica y financiera. Dichas amenazas tienden a adquirir dimensiones transnacionales y trascienden las nociones tradicionales de seguridad, que se centran exclusivamente en las agresiones militares externas. En segundo lugar, la seguridad humana es necesaria como un enfoque integral que utiliza el amplio espectro de nuevas oportunidades para hacer frente a dichas amenazas de una forma integrada. Las amenazas para la seguridad humana no pueden tratarse sólo a través de mecanismos convencionales. Al contrario, es necesario un nuevo consenso que reconozca los vínculos y las interdependencias entre desarrollo, derechos humanos y seguridad nacional<sup>[952]</sup>.

Todos debemos hacerle frente a la criminalidad uniendo esfuerzos para luchar contra ella. Sólo así, con la participación ciudadana y el trabajo en conjunto con organismos seccionales y Estado como responsable de la seguridad de su colectivo, podría lograrse un mejor nivel de vida y se tendría acceso a un sistema de justicia justo, trabajando, claro con bases educativas con la vuelta a la educación en valores, fomentando el respeto a los derechos humanos, a la diferencia cultural, tratando de lograr una recuperación integral de la sociedad y sus entornos.

La inseguridad es un problema que ser tratado ¡ya! Por todos los actores sociales. La injusticia es un detonante social muy serio y la delincuencia no respeta barreras. La criminalidad aumenta y obstaculiza el alcance de mejores niveles de vida que impiden la autorrealización humana, es

decir, atentan contra los derechos a los que tiene derecho el hombre. No podemos seguir viviendo el dilema de Fromm, y, a este punto hemos llegado y nos ha llevado la criminalidad.

Estamos invitados a avanzar u obligados a retroceder. El dilema fundamental para el hombre es: elegir entre “la vida” y “la muerte”, entre creatividad y violencia; entre realidad y engaño, entre objetividad e intolerancia, entre fraternidad con independencia y dominio con sometimiento y la única elección para el hombre es su libre humanidad ¡su libertad!

# **ALCANCES DE LAS INVESTIGACIONES TRIBUTARIAS COMO ILÍCITO PRECEDENTE EN EL MARCO DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA**

Marcos Alberto Sequeira\*

## **I. Prólogo**

El designio de esta modesta labor, cristalizada como corolario de haber sido invitado por el Prof. Dr. Gustavo Meirovich a disertar en las Jornadas sobre “Lavado de Dinero y evidencia digital” -Año 2022-, organizadas por la “Asociación Iberoamericana de Derecho Penal Económico y de la Empresa” (AIDPEE) y la “Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia Nacional” (AMFJN); inviste un propósito eminentemente didáctico de alguien que, como muchos otros, cuando tomo conocimiento por primera vez de la Teoría de la Imputación Objetiva reaccionó con una terminante oposición. Así lo expresé en mi “Tratado sobre Régimen Penal Tributario” y en prácticamente todos los trabajos que escribí durante los primeros años de haber tomado contacto con el tema. Con el tiempo y la posibilidad de estudiar exhaustivamente la materia, cambié de opinión. Actualmente, aprecio que el Funcionalismo vino para quedarse entre nosotros y que, adecuadamente aplicado, se



transformará en una valiosa herramienta para todos los actores del proceso penal.

## **II. Agradecimiento**

Quiero agradecer muy especialmente al Dr. Horacio Meirovich, Coordinador General del evento y representante de las prestigiosas Organizaciones Académicas que lo promueven. También a los Cuerpos Directivos de ambas Asociaciones, que dieron su aprobación para que eso sea viable. Igual agradecimiento para los Dres. Yery Rojas Torrico y Claudio Navas Rial; compartir el panel con tan distinguidos académicos resultó para mí un gran honor y a la vez un enorme compromiso. Otro tanto para los demás Profesores a quienes reitero mi permanente agradecimiento y admiración.

## **III. Introducción**

Se me ha adjudicado el desarrollo del tema “Avance de las investigaciones tributarias como ilícito precedente en del delito de lavado de activos, en el marco de la Teoría de la Imputación Objetiva”, lo que supone, por lo menos, el desarrollo de los siguientes aspectos: 1. La investigación tributaria. Su estado actual. 2. La Teoría de la Imputación Objetiva. 3. Los Delitos contra el orden económico y financiero. 4. El Ilícito tributario como ilícito precedente del delito contra el orden económico y financiero. Todo ello, en el marco de la Teoría de la Imputación Objetiva. Siguiendo el orden propuesto, comienzo su desarrollo, advirtiendo que, por razones de espacio (el “problema” de toda obra colectiva”), me limitaré a la normativa vigente en la República Argentina.

## **IV.La investigación tributaria**

Por lo general, todos los ordenamientos tributarios poseen disposiciones precisas acerca de la “investigación tributaria”. En nuestro país, donde se ha instalado la mala costumbre de extrapolar irreflexivamente todos los cambios a nivel federal, a los ámbitos nacionales y provinciales; tiene como aspecto positivo que las legislaciones son prácticamente idénticas. Es así que existe coincidencia en dividir la “investigación tributaria” en dos grandes etapas: la investigación realizada dentro de lo que suele denominarse “ámbito administrativo” y la que sucede en el “ámbito judicial”. No necesariamente hay entre ellas un orden de prelación. Es posible que la investigación se inicie dentro del ámbito judicial y que, luego, sea acompañada de tareas desplegadas por funcionarios de la Administración (“ámbito administrativo”), y viceversa. Precisamente, uno de los grandes problemas que enfrenta esta temática, se presenta con lo que es más usual: el proceso comienza con una inspección, la que es llevada a cabo por funcionarios de los Organismos de Recaudación (DGI, DGR, DMR, etc.), y una vez cumplidos ciertos actos (verificación, impugnación de declaraciones juradas, determinación de oficio, etc.), se traslada a sede judicial, adonde arriba colmada de aspectos controvertidos que, no es inusual, produzcan la nulidad de todo lo actuado. La cuestión no obedece a defectos en la legislación, sino a un concepto equivocado, que se encuentra “enclavado”, desde épocas que ya no recuerdo, en la mentalidad de los funcionarios administrativos, quienes se encuentran convencidos que los principios, derechos y garantías constitucionales y convencionales no rigen en la esfera de actuación “administrativa”. También es cierto que, en materia de normas -administrativas-, hay varias de inconstitucionalidad palmaria. Por ejemplo, la que permite la actuación de funcionarios administrativos como “agentes encubiertos” o la que prevé la “clausura

preventiva". En ese orden de ideas, estas figuras continúan empleando so pretexto que la Administración no puede declarar la inconstitucionalidad; lo que constituye un grave vicio conceptual: lo jurídicamente correcto es que la Administración se abstenga de aplicar normas infra constitucionales; y eso para nada exige declarar la mentada inconstitucionalidad. Otro yerro, de no menor relevancia, consiste en la omisión del Fisco de poner en conocimiento de la Autoridad Judicial, ni bien conocidos, la presunta comisión delictiva por parte del contribuyente o responsable inspeccionado. Cuando explico el tema en Clase de Capacitación que suelo dictar en las Administraciones Tributarias, se me responde: El Fisco debe determinar de oficio el impuesto evadido y recién después formular la denuncia penal. Esa interpretación, desacertada, surge del texto de la legislación penal tributaria que las autoridades administrativas pretenden aplicar (y lo hacen) de manera aislada con el resto del ordenamiento jurídico; más precisamente, del procesal penal nacional, federal o provincial. Todos ellos indican que conocida la "notitia criminis" debe informarse al Juez o Fiscal que por materia y turno corresponda, para que sea éste quien, de ahí en más, se haga cargo de dirigir la investigación. Se trata de una cuestión de difícil solución, pues, en mi experiencia, los recaudadores piensan que, si actúan en consecuencia, están "cediendo poder". Lo que por supuesto no es así. Entrando en un análisis un poco más detenido de las normas que se encuentran involucradas en la investigación tributaria, lo primero es señalar que, en nuestro país, la protección penal especial se limita a las haciendas públicas nacionales y provinciales, habiéndose excluido a las municipales, sin que existe, desde mi punto de vista, ningún justificativo para que ello resulte de tal modo. Por supuesto uno no es ingenuo, ni tampoco lo es el legislador, en prevenir los entuertos que pueden llegar a presentarse con causas por evasión de tributos municipales, en un país que, como el nuestro,

posee más de 2000 municipios. Efectuada la aclaración que antecede, mencionemos que cuando un contribuyente no presente sus declaraciones juradas o bien cuando éstas resulten ser insinceras, el régimen de procedimientos tributarios nacional -Ley N° 11.683, t.v.- y los códigos tributarios provinciales y de la CABA, prevén un proceso impugnativo conocido como proceso de determinación de oficio. La normativa prevé que esa determinación de oficio puede realizarse sobre base cierta o sobre base presunta ([953]). Acerca de esta última, siempre fue motivo de discusión si podía servir de base para una denuncia penal, cuestión que parece haber resuelto la normativa penal actualmente vigente al establecer que: "...no corresponderá la denuncia penal cuando las obligaciones tributarias o previsionales ajustadas sean el resultado exclusivo de aplicación de las presunciones previstas en las leyes de procedimiento respectivas, sin que existieren otros elementos de prueba conducentes a la comprobación del supuesto hecho ilícito" ([954]). Esta determinación de oficio, destaco, consiste en una especie de "juicio administrativo" que ha sido establecido como "necesario" para la formulación de la denuncia penal. Al respecto, ha de puntualizarse que no se trata de una cuestión "prejudicial" en los términos usualmente establecidos en la normativa procesal penal ([955]). Tampoco, en lo personal, pienso que se trate de una condición obligatoria para que el proceso penal se sustancie. La jurisprudencia me ha dado la razón. Empero, hay enjundiosas opiniones doctrinarias que continúan sosteniendo lo contrario. Retomando la legislación aplicable en la investigación tributaria -sede administrativa-, ella es variada y tampoco está exenta de cuestionamientos. A nivel federal, rigen un sinnúmero de disposiciones ([956]), a la que deben sumarse otros aspectos que complican la materia. Entre ellos podemos mencionar: 1) La inestabilidad normativa que caracteriza al régimen tributario y penal tributario. 2) La aplicación de disposiciones inconstitucionales -e inconvencionales- por

parte de las distintas Administraciones tributarias. Esto es posible merced a que el control de constitucionalidad en Argentina es difuso. 3) La vigencia paralela y simultanea de dos ordenamientos procesales penales diferentes a nivel nacional (Leyes 23.984 y 27.063), donde para peor uno es de naturaleza "mixta" (inquisitivo en la etapa investigativa y acusatorio en el debate) y el otro -por suerte- "acusatorio". 4) Todo este desorden procesal penal a nivel nacional se incardina con la vigencia de otros 24 códigos procesales penales a nivel provincial y de la CABA. Resumiendo -en la medida de lo posible- de todas estas normas aplicables al proceso de investigación tributaria, podemos distinguir los siguientes aspectos centrales: 1) Facultades de los Organismos a cargo de la investigación. 2) Derechos de los contribuyentes. 3) Posición de la Suprema Corte de Justicia de la Nación frente a situaciones donde los derechos son conculcados por uso inadecuado de las atribuciones. Las facultades de los Organismos administrativos se encuentran establecidas en la legislación de esa naturaleza (administrativa); los derechos de responsables y contribuyentes también pueden surgir de esta normativa (Tal el caso del Código Tributario de la Provincia de Córdoba, pero eso es excepcional) aunque usualmente están consagradas en las Constituciones provinciales, en la Constitución Nacional y en algunos Instrumentos Internacionales en Materia de Derechos Humanos. Al que más se recurre, en estos casos, es al conocido como Pacto de San José de Costa Rica, cuyo artículo 8° contiene disposiciones expresas y claras. Sobre la perspectiva que adoptó nuestro Tribunal cimero, frente a conflictos donde apareció el conflicto entre esos derechos y obligaciones, éste dista de ser uniforme. En torno a este tema, hay otra cuestión de singular importancia: la costumbre de ejercer una cierta "coacción" para obtener la declaración del contribuyente, soslayando que la Ley Fundacional proscribe que se lo obligue a declarar en contra de sí mismo ([\[957\]](#)).

## V. La teoría de la imputación objetiva

Pese a sus bondades, el fracaso evidente del Derecho Penal ha llevado a repensar la Teoría del Delito, tanto en sus versiones causalistas como desde el finalismo, cediendo espacio para el surgimiento de las Teorías de la Imputación. Con razón afirma el Prof. Mir Puig que "... [a través de la teoría de la imputación objetiva], asistimos a un renacimiento del término "imputación"; que, al igual que en otras "teorías de la imputación" (la imputación objetiva, la imputación subjetiva y la imputación individual o personal), no se trata sino de definir cuáles son los requisitos para poder atribuir a un sujeto la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico previsto en un tipo penal, y tales requisitos no son otra cosa que el vínculo entre el delito y el autor. Durante mucho tiempo el finalismo y el causalismo fueron las dos teorías dominantes. Una incesante cantidad de críticas llevaron a elaborar un sistema diferente; más efectivo. Es aquí donde se dan a conocer los primeros aportes del funcionalismo. Justamente, es en el seno del funcionalismo donde la teoría de la imputación objetiva vino a resolver una enorme cantidad de dificultades (cubrir lagunas de punibilidad, entre las más notables). Empero, su adopción mecánica puede conducir a situaciones nocivas para las personas; especialmente, por el peligro de relativizar los principios de legalidad, personalidad de la pena y lesividad. Como todos sabemos, la Teoría de la Imputación objetiva tiene dos encumbrados profesores alemanes que, cada uno a su modo, la erigieron. A Claus Roxin se le atribuye la "versión del sistema racional-final", también llamado teleológico o funcionalismo político criminal. Mientras el sistema funcionalista normativista de Gunter Jakobs ([1958](#)) avanza por sobre la problemática criminal para establecer una teoría según la cual el derecho penal está orientado a

garantizar la identidad normativa, la constitución y la sociedad. En esta tendencia del funcionalismo, la base sociológica de la sociedad, como entidad conformada por individuos que pactan ceder su soberanía a favor del estado para el ejercicio del poder en beneficio del pueblo, es sustituida por una concepción de la sociedad como un sistema de comunicación de reglas que garantizan su desarrollo armónico (normativo), que se afecta cuando alguien no cumple con su rol y realiza una conducta delictiva contradiciendo las expectativas sociales; por ello, la prestación que realiza el derecho penal consiste en contradecir a su vez la contradicción de las normas determinantes de la identidad de la sociedad. El derecho penal confirma, por tanto, la identidad de la sociedad. La pena constituye una reacción frente a un hecho que supone el quebrantamiento de una norma. Por tanto, el delito es una afirmación que contradice a la norma, y la pena es la respuesta que confirma la norma, en consecuencia, la función de la pena es restituir la vigencia de la norma violada con la conducta delictiva. Para Jakobs, el fin del derecho penal es el "ejercitamiento en la fidelidad al Derecho". Basado en el funcionalismo sistémico sociológico de Luhmann, aunque combinando con elementos de Hegel y de Kelsen, el profesor alemán normativiza todos los conceptos del delito, negando bases ónticas en todos ellos; extrema el constructivismo jurídico de los neokantianos, minimiza la función del bien jurídico y resuelve los problemas de la imputación objetiva en el tipo objetivo conforme a la teoría de los roles. Renueva la terminología teórica del delito y la culpabilidad pasa a ser necesidad de prevención general positiva. Desde el Funcionalismo, generalizando, los delitos dependen de la función de la norma penal en un grupo social, y así, la pena deja de ser un mal que se causa a quien delinque, para pasar a considerarse como la reafirmación de la vigencia de la norma. En tanto los delitos tienen como consecuencia la reacción del Estado mediante la imposición de la pena; es

necesario señalar que el Derecho penal no puede recomponer el orden social que el delito ha quebrantado, pero si puede reafirmar la vigencia de la norma y el valor de las normas en la sociedad. En términos estrictos, podemos señalar que con el funcionalismo se ha reinterpretado la teoría del delito bajo criterios de política criminal y teleológicos. Dentro de esa línea conceptual, nosotros apreciamos que la teoría de la imputación objetiva se presenta como elemento nuclear de estas corrientes jurídico-penales, que, en su pretensión de configurar un sistema de imputación penal despojado del contenido naturalístico propio de las corrientes causalista y finalista, lo edifican sobre la base de consideraciones de carácter social, tendiendo a la normativización de los conceptos fundamentales ([1959](#)). Definición que guarda bastante semejanza con la atribuible al profesor Ordeig Gimbernat y que, para Mir Puig, sitúa al problema en los términos más consolidados de la actual teoría de la imputación objetiva: "1) la exclusión de los resultados imprevisibles se debe a que los mismos no pueden ser objetivamente desvalorados como antijurídicos porque el Derecho no puede razonablemente esperar ni siquiera de una persona prudente (baremo de la antijuridicidad) que evite aquello con lo que no pueda contar; 2) no solo no son típicas las acciones que producen efectos imprevisibles, sino que tampoco lo son las que, aun siendo peligrosas, están cubiertas por el riesgo permitido; 3) por ello, la inobservancia de la diligencia debida es un elemento del injusto típico no solo en los delitos imprudentes, sino también en los dolosos; 4) además de la infracción del deber de diligencia y de la causación del resultado típico, el tipo requiere que el resultado sea precisamente uno de los que la norma quiere impedir (el fin de protección de la norma como criterio de imputación)". Causalismo, finalismo y funcionamiento no se excluyen; sino que, de acuerdo con la perspectiva que sostengo, pueden perfectamente complementarse. Verbigracia, si nos



introducimos en el análisis de la teoría de la relación causal formulada por Roxin, podremos observar que parte del análisis prejurídico de la conducta que el Profesor de Bonn realiza, es ponderada como un suceso de la naturaleza, a través de lo que él denomina como la “teoría de la relevancia típica” ([960]). Esta teoría opera como una base mínima para limitar la responsabilidad del sujeto. Recién luego de haberse constatado puede ingresarse al análisis jurídico o normativo. Por eso, en esta etapa de investigación, siguiendo su línea conceptual, para que pueda imputarse objetivamente un resultado lesivo al orden jurídico, es insuficiente la existencia de una conducta voluntaria, sino que, además, en ese marco, debe establecerse que el comportamiento haya creado un riesgo o peligro jurídicamente no permitido y que el resultado producido obedece a la concreción de ese riesgo o peligro jurídicamente desaprobado ([961]). Este proceso, tan bien descrito por Roxin en una variedad de trabajos, reafirma mi creencia acerca que, previo a incursionar en la problemática del riesgo, es necesario comprobar la existencia de la “relación de causalidad”, pues, de inicio, para poder atribuir un resultado a una determinada conducta, se requiere establecer si entre esa acción y ese resultado existe ese vínculo causal, el que, hasta este momento de la disquisición, se limita a una relación de causalidad desde una perspectiva natural, pues es allí el ámbito donde estrictamente impera la fuerza de la naturaleza. Sin embargo, aún no se tiene resuelta la proposición, sino que es necesario, además, determinar que ese vínculo natural interese al Derecho Penal (existencia de un “tipo penal”), para lo cual es preciso formular un “juicio normativo”. Este juicio normativo, es igualmente conocido -entre nosotros- con el nombre de “juicio de imputación objetiva” ([962]). Desde este punto de partida y reconociendo que la evolución de las ciencias naturales afecta -o puede llegar a hacerlo- al llamado nexo causal, Roxin refiere a la “Teoría de la Equivalencia”, la que emplea ingeniosamente

para comprobar la mentada “relación de causalidad”: “causa” es toda condición sin la cual no se habría producido el resultado (condicio sine qua non). Como las causas para que se produzca el resultado pueden ser numerosísimas, este proceso debe realizarse desde un criterio valorativo “racional” y “limitado” que parta de lo que todos podemos concebir como “lógico”. Me permito agregar, que nunca debe perderse de vista cuál fue el espíritu del legislador. Por lo general, este último análisis puede surgir del razonamiento lógico, pero no siempre será así. Vimos ya los fundamentos de la Teoría de la Imputación Objetiva para el Profesor Roxin. Pasemos ahora a analizar la postura del Profesor Jakobs. Dice Jakobs que “no se debería hacer el intento de construir el delito sólo con base en datos naturalistas -causalidad, dolo-, sino que, por el contrario, lo esencial es que concurra el quebrantamiento de un rol. Por consiguiente, ya no resulta suficiente la mera equiparación entre delito y lesión de un bien jurídico” ([963]). En el ámbito de la omisión, es evidente que no todos responden de cualquier consecuencia lesiva que estén en condiciones de evitar; sino que, “responsable” será solo quien es el portador de una posición de garantía. En este sentido, va prácticamente implícito que los “límites de los roles” funcionan, a la vez, como “límites de la responsabilidad”. Por consiguiente, quien se mantiene dentro de los límites de su rol, no responde de un curso lesivo, aun en el caso que pudiese evitarlo. Sobre esa base, el concepto jakobsiano distingue colige las cuatro categorías ultra conocidas por quienes estamos en la materia: la existe un riesgo permitido, conforme a la cual el jurista alemán explica que no forma parte del rol de cualquier ciudadano eliminar todo riesgo de lesión del otro, sino que existe un riesgo permitido. De otro modo, se aceptaría que la sociedad actúe como un mecanismo cuyo único fin sea ofrecer la máxima protección a los bienes jurídicos. Si así fuese, estaría condenada a impedir toda clase de interacciones, y la prohibición de cualquier puesta

en peligro, sea de la índole que sea, haría imposible la realización de cualquier comportamiento social, incluyendo también los comportamientos de salvación. Además del riesgo permitido, existe un “principio de confianza”: La confianza se dirige a que el autor y el tercero realizarán su comportamiento de modo correcto. Jakobs da varios ejemplos, entre ellos, rescatamos el del cirujano que confía en que el material que utilizará en la operación ha sido esterilizado convenientemente. Una sociedad, sin este punto de partida, es inimaginable. En tercer lugar, existe una “prohibición de regreso”, conforme al cual un comportamiento que de modo estereotipado es inocuo, no puede considerarse “participación delictiva”. Se trata, para una mejor comprensión, de casos en los que un autor desvía hacia lo delictivo el comportamiento de un tercero que por sí mismo carece de sentido delictivo. Precisamente, la exposición del Profesor Rojas Torrico versó sobre este tema. Asimismo, existe la “competencia de la víctima”. Se trata de casos donde el portador del rol cumple con sus responsabilidades y en los cuales la víctima se coloca en la posición de sufrir su propio daño. Puede tratarse de una lesión al deber de autoprotección, o, inclusive, a la propia voluntad; lo que Jakobs denomina “acción a propio riesgo”. Partiendo de esta base conceptual, podemos afirmar que las expectativas garantizadas por el Derecho Penal al tipificar el delito de lavado de activos (“Delitos contra el orden económico y financiero”), en principio, parecieran no estar dirigidas a sujetos portadores de determinados roles. En ese orden de ideas, el artículo 303 del Código Penal prevé: “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". El término "el que", nos permite deducir que cualquier individuo puede cometer la conducta prohibida. No sucede lo mismo con los tres supuestos que la ley fija más adelante como agravantes del tipo penal: a) Cuando el autor realizare el hecho con habitualidad o como miembro de una asociación o banda formada para la comisión continuada de hechos de esta naturaleza; b) Cuando el autor fuera funcionario público que hubiera cometido el hecho en ejercicio u ocasión de sus funciones. c) Cuando el sujeto activo haya actuado en ejercicio de una profesión u oficio que requirieran habilitación especial. En estos tres casos, no cualquier sujeto puede ejercer la conducta típica, sino que se requiere de ciertas condiciones; no obstante, mal podríamos llegar a pensar que todas ellas pueden ser incluidas dentro de la teoría de los roles. Por ejemplo, el que comete esta clase de hechos con habitualidad no cumple ningún rol; tampoco el miembro de una asociación o banda formada para la comisión de delitos de lavado. Pero sí poseen un rol de garantía el funcionario público y el profesional universitario. Respecto de ellos, existe una posición de garantía y un principio de confianza. Pueden desempeñar las actividades pertinentes a ese rol, pero siempre dentro de un riesgo permitido. Por ende, podemos referirnos a la "imputación personal", pero no en cuanto portadores de un status, cuando se trate de la versión simple del delito. En tanto el tipo agravado requiere ser portador de un rol. Otra alternativa, consistiría, por ejemplo, en imputar a todo aquel que sea capaz de evitar el curso lesivo, y que por acción u omisión no actúe en consecuencia. Pero esta interpretación podría conducirnos a resultados nocivos. Si en todo contacto social, todos habríamos de considerar todas las consecuencias lesivas posibles desde el punto de vista cognitivo; la sociedad, como dice Jakobs, quedaría paralizada, al punto que, en esa

conjetura, hasta podría llegar a suceder que desaparezca el bien jurídico que la norma intenta proteger; se paralizaría el mercado y toda clase de operaciones comerciales y/o financieras. En conclusión, la interacción socio económico financiera se vería asfixiada por funciones de supervisión y otras auxiliares. Esta solución es inviable. De allí que el autor se refiera al quebrantamiento de la garantía que viene acompañada con el rol. Como dice Jakobs, “no todo atañe a todos”, pero al garante le atañe lo que resulte del quiebre de su garantía. Su delito, entonces, como quebrantamiento de la vigencia de la norma, no supone ya un suceso natural entre seres humanos ni se determina por la afectación de un bien jurídico, sino que debe ser visualizado como una comunicación defectuosa, donde la pena aparece como la respuesta a aquel quebrantamiento, confirmando la vigencia de la norma para que las expectativas normativamente fundadas no queden anuladas por su defraudación. Hemos definido nuestra postura sobre una interpretación restrictiva del concepto de rol. Pero es necesario que establezcamos la existencia de normativa “no penal” que define una variedad de “roles” que pueden participar en la conversión, transferencia, administración, venta, gravar, disimular o de cualquier otro modo poner en circulación en el mercado bienes provenientes de un ilícito penal. Por ejemplo, la conducta omisiva de un “agente de información” puede quedar abarcada en esta hipótesis. Un Banco, una inmobiliaria, una Concesionaria de Automóviles, una Casa de cambio, el que posea como actividad habitual la explotación de juegos de azar, los Agentes, sociedades de bolsa y todos intermediarios que operen bajo la órbita de bolsas de comercio, los responsables de los Registros públicos de comercios, de la propiedad inmueble y del automotor; los que se dedican a la compraventa de bienes suntuarios, o industrialización de joyas o bienes con metales o piedras preciosas; las empresas aseguradoras, emisoras de cheques de viajeros u operadoras de tarjeta de créditos o de compra, dedicadas al

trasporte de caudales, prestatarias o concesionarias de servicios postales que realicen operaciones de giros de divisas; los Escribanos públicos; Banco Central de la República Argentina, Administración Federal de Ingresos Públicos, Superintendencia de Seguros de la Nación; Comisión Nacional de Valores, Inspección General de Justicia; Productores, asesores de seguros, agentes intermediarios, peritos y liquidadores de seguros; profesionales matriculados cuyas actividades estén reguladas por los consejos; las Personas Jurídicas que reciben donaciones o aportes de terceros; etc. Inclusive, puede considerarse portador de un rol al sujeto designado para realizar la evaluación de riesgos; también aquel que detecte antecedentes y/o vínculos no razonables que ameriten una debida diligencia reforzada, y omite actuar en consecuencia; lo mismo que aquel que tenga bajo su responsabilidad la consulta de ciertas negociaciones. En fin, hay una nómina muy extensa de personas humanas y/o jurídicas a las que se pueden atribuir cierto "rol de garante". De igual manera, son indudablemente portadores de un rol los socios gerentes de una sociedad de responsabilidad limitada, los accionistas de una sociedad anónima, los socios de una asociación civil, el síndico del concurso, el síndico de la quiebra, el interventor, el liquidador, etc. Alguna de estas situaciones, de igual modo, han sido previstas legislativamente. Me refiero al artículo 307 del Código Penal que hace expresa referencia al "director", "miembro de órgano de fiscalización", "accionista", "representante de accionista" y "todo el que por su trabajo, profesión o función dentro de una sociedad emisora, por sí o por persona interpuesta, suministrare o utilizare información privilegiada a la que hubiera tenido acceso en ocasión de su actividad, para la negociación, cotización, compra, venta o liquidación de valores negociables". Aquí también hay una serie de roles que suponen roles de garantes y respecto de los cuales existe un principio de confianza. Resumiendo, hasta donde

venimos analizando, existe en la legislación penal y no penal (que la complementa), que determinan roles específicos. Mientras no se incumplan las exigencias para que pueda imputárseles responsabilidad punitiva, entonces, no tendremos actuación de la ley penal. Al contrario, si habrá de responsabilizárseles criminalmente cuando sus aportes, por omisión o por comisión, evidencie que actuaron fuera del riesgo permitido, soslayando el principio de confianza, sin que pueda atribuírsele responsabilidad a la víctima (y excusárseles a ellos de tal responsabilidad de modo categórico) y, en tanto y en cuanto, su conducta no sea estereotipada.

## **VI. El delito de lavado de activos**

Ya me he venido refiriendo, aunque superficialmente, al delito que en el Título XIII del Código Penal argentino, fue incorporado por art. 4º de la Ley Nº 26.683 (B.O.: 21/06/2011), bajo el nombre de “Delitos contra el orden económico y financiero”. Vamos ahora a agregar algunas pocas precisiones adicionales. Para Jeffrey Robinson, autor del libro "The Laundrymen" (Los lavaderos), "El lavado de dinero se llama así porque describe perfectamente lo que ocurre: el dinero sucio o ilegal se somete a un ciclo de transacciones, o se lava, para que quede limpio o legal" ([964]). El tipo objetivo puede ser perfeccionado tanto por acción como por omisión. Se trata de una ley penal en blanco. Hay que recurrir a la normativa extrapenal que establece quienes son los sujetos obligados a informar a la UIF, los directivos de una persona jurídica; etc. Señalo, por considerarlo de interés, que el problema de las leyes penales en blanco es visible prácticamente en toda la legislación penal económica argentina, lo que ha dado lugar a diferentes planteos. Voy a resumirlos: Se ha alegado, sin éxito, que la ley penal en blanco viola el

derecho de defensa. Se ha discutido, asimismo, si las variaciones en la ley no penal deben aplicarse retroactivamente -según el artículo 2do del Código Penal argentino, que instituye el principio de retroactividad de la ley penal más benigna-. Inicialmente, la Suprema Corte de Justicia de la Nación negó esta posibilidad (“Argenflora Sociedad en Comandita por Acciones - Argenflora Sociedad de Hecho s/ infr. ley 19.359”, 06/05/1997, Fallos: 320:763); posteriormente cambió su propia doctrina (A partir de los precedentes “Palero”, Fallos: 330:4544 y “Cristalux”, Fallos: 330:4445), habiendo ratificado su criterio favorable a esta aplicación retroactiva en causas de fecha recientes (“Vidal, Matías y otros, s/Infracción Ley 24.769”, 28/10/2021, Fallos: 344:3156). Sobre el bien jurídico tutelado, en mi opinión se trata de un delito pluriofensivo que procura prevenir y castigar: a) El orden socio económico y financiero nacional y/o internacional, en cuanto a su estabilidad, transparencia y legitimidad. Este orden socio económico y financiero comprende la libre competencia; la producción, distribución y consumo de bienes y servicios; la distorsión en la asignación de recursos; el incremento de riesgo de inestabilidad macroeconómica; la erosión del sistema de precios; la posible reducción del crecimiento del país; la distorsión de la información de los agentes de mercado; la liquidez y solvencia del sector por la volatilidad propia de los activos espurios, además de que su inserción puede comprometer la administración del tipo de cambio y la tasa de interés, así como horadas la reputación de las entidades financieras; etc. b) El poder del Estado: No es infrecuente que las organizaciones criminales compitan con el Estado por el monopolio del poder. c) El sistema de justicia penal, en cuanto dificultan su eficaz operatividad respecto del crimen organizado, y no ya, como sucedía hasta la sanción del art. 303, la “administración de justicia” debido a que el delito se encontraba ubicado en los delitos contra la administración pública. Sucede que, como sostiene parte de la doctrina, el delito de lavado es más un



proceso de camuflaje que tiende a ocultar el origen criminal de los bienes, transformándolos en otro activo que aparezca como proveniente de una fuente legal o actividad lícita. Este proceso afecta a los órganos jurisdiccionales en torno a sus funciones de investigación, enjuiciamiento y castigo del delito precedente -impide la identificación de los autores y obstaculiza la recolección de elementos de prueba- y frustra la confiscación y decomiso de los bienes, productos derivados de las actividades delictivas ([965]). Al respecto, la jurisprudencia con buen criterio ha sostenido que “se trata de un delito que tiende a [...] contribuir a la impunidad del primero...” ([966]). Por lo tanto, la amplitud y el alcance que se procura tutelar, supera lo individual. De allí que se lo caracterice porque identifique una serie indeterminada pero homogénea de necesidades individuales de manera que la ofensa del interés supraindividual se revela capaz de incidir mediatamente en una pluralidad de individualidades ([967]). Nuestra Justicia se ha pronunciado en el sentido que “La víctima es la comunidad en lo que atañe a los bienes colectivos que se predicen afectados por el lavado (orden económico y financiero, administración de justicia) y, eventualmente, el titular del bien lesionado por el delito precedente, si se entiende que el lavado también profundiza la lesión de aquel bien jurídico”; dándonos así una definición que abarca no solo al bien jurídico, sino también al sujeto pasivo ([968]). Desde el punto de vista de la autoría, se trata de un delito común con características de un delito especial. Es decir, es un delito “mixto”. La autoría no requiere cualidad especial alguna para su determinación, con las excepciones que más arriba ya precisamos. No podemos cerrar el tema del sujeto activo sin antes analizar, aunque sea muy sintéticamente, la teoría de la autoría mediata -a la que ya hemos venido mencionando- y la teoría de los aparatos organizados de poder. La Corte Suprema de Justicia de la Nación, negando esta tesis, ha dicho: “La existencia simultánea de un autor mediato que es quien

tendría siempre el llamado "dominio del hecho" y la de un autor inmediato, su ejecutor, no se concilian, porque si existiera un ejecutor responsable del delito, éste tendría el "dominio del hecho" y desplazaría al autor mediato (...) El concepto de autor mediato que obra a través de un aparato organizado de poder caracterizado por la fungibilidad del ejecutor, es extensivo con relación al tipo de las figuras delictivas de homicidio, privación ilegítima de la libertad, torturas y tormentos dado que la ampliación de la participación en tales figuras sólo se puede realizar conforme a la regla del art. 45 del Código Penal, que coloca al autor o autores en el campo de la ejecución del hecho, y denomina cómplices a los que realicen cualquier otra acción previa o concomitante, fuera del marco de la ejecución" (Votos de los Dres. José Severo Caballero y Augusto César Belluscio, Fallos: 309:5, A. 1986). En esta misma causa, el Dr. Carlos Fay expresó: "La autoría material de la autoría mediata, es el dominio del objetivo del acto por el inductor. El autor mediato es autor, no partícipe. A diferencia de la instigación que se presenta como corrupción del hombre libre, la autoría mediata se garantiza esencialmente por el abuso del hombre no libre o parcialmente no libre, porque controla del principio al fin, el curso de los acontecimientos (...) Al margen de los conceptos elementales de autor, instigador y cómplice, la ley penal instituye los conceptos de ejecutor, determinador y cooperador necesario y cooperador no necesario, estos dos últimos en realidad cómplices, primarios los unos, a los que pena como autores; secundarios los otros, a los que reduce la pena. Los ejecutores son "los que toman parte en la ejecución del hecho"; son los autores directos o inmediatos. En cuanto al determinador, además de la figura del instigador, comprende al autor mediato, al que tiene el dominio del hecho, al que se vale de otro. Por ello, dentro de la figura jurídica del determinador, y junto al instigador y al autor mediato, la ley penal crea un tipo especial de autor de la determinación, al que también aplica la pena

del autor” (Sic.). Al margen de esta sentencia, es necesario aclarar que la doctrina argentina tradicional admitió la autoría mediata, pero bajo los términos del art. 45 del Código Penal (Soler, Núñez, Fontán Balestra, Fierro e, inclusive Zaffaroni, para quien, agregamos, “... no se admite la ventaja de esta construcción tan complicada” (1969)). Los autores contemporáneos (además del ya mencionado Dr. Zaffaroni), tienen sus propias opiniones. Por ejemplo, Creus, expresa que constituye un caso particular de coacción, con rasgos propios (1970). De manera semejante se pronuncian Mir Puig, Muñoz Conde y Jakobs, dentro de algunos autores foráneos. Para Donna, rechaza el concepto de autoría mediata por considerarlo lesivo del principio de legalidad (1971). Sancinetti, advierte innecesaria la discusión de si constituye un supuesto de autoría mediata o de coautoría (1972). Humberto Vidal sostiene que nuestra ley, en principio, parece no admitir la teoría del dominio del hecho y su versión acentuada por Roxin de la autoría mediata a través de los aparatos organizados de poder (1973). Por lo visto hasta ahora, interpreto que existe una nítida conexión del problema de la “autoría mediata” con la “autoría y dominio de la voluntad a través de los aparatos organizados de poder”. En ambos casos, se trata de lo mismo: la posibilidad de considerar “autor” a quien no ha ejecutado el hecho por sí mismo. En nuestro país, la doctrina predominante admite esta suerte de “ampliación” de la autoría (1974), solo en aquellos casos en que el ejecutor del hecho actuó por error o coacción (1975). En este supuesto, el ejecutor no tendrá responsabilidad penal, mientras que responderá como autor el “hombre de atrás”. El Prof. Carlos Lascano, plantea el tema desde la delincuencia económica, planteando la posibilidad de responsabilizar como autores mediatos a los sujetos que actúan como órganos de representación y administración de una empresa, por los hechos delictivos realizados por quienes se encuentran ubicados en los niveles jerárquicos inferiores (1976). Desde su punto de vista, esta teoría puede

tener cabida en el derecho argentino dentro de la categoría de los “determinadores” prevista en el último párrafo del art. 45 del CP, con lo que no resultaría vulnerado el principio de legalidad; sumando que no es necesario que el ejecutor sea inculpable por error o ignorancia, amenazas y obediencia debida. Se basa, para así interpretarlo, en que la última parte del art. 45 mencionado se refiere a “otro”, sin precisar si éste debe o no ser penalmente responsable. Por ello, rechaza que el criterio diferencial entre instigador y determinante propio pueda consistir en que, mientras en la primera categoría ambos sujetos -instigador e instigado-son punibles, en la segunda el sujeto determinado resulta impune. Pero cuidado, porque Lascano precisa que el “determinador” no puede ser “autor”, con lo cual, para nosotros, se abre un gran interrogante sobre la recepción de la doctrina de la autoría mediata desarrollada por Roxin. Sin embargo, agrega el profesor cordobés, en la hipótesis del aparato de poder organizado jerárquicamente, no se requiere que aquella determinación de su voluntad sea de una intensidad tal que excluya el dominio del hecho por parte del ejecutor material, como interpreta Zaffaroni, como criterio distintivo entre “autoría por determinación” y la “instigación”. Le suma Lascano a lo ya dicho que la figura del “dominio de organización” ha sido receptada favorablemente por algunos autores como Baigún, Cesano y Bergel; pero que, la mayor parte de la doctrina disiente con esta posición. Por ejemplo, cita la opinión de Kai Ambos para quien debe tratarse de “aparatos de poder”, lo que supone la existencia de organizaciones criminales destinadas a mantener o incrementar niveles de poder con una estructura organizativa y de mando correspondientemente estricta. Y como tales, difícilmente podrán calificarse como tales a las grandes empresas. Las empresas no son criminales per se, sino que lo que persiguen ante todo es la obtención legal de beneficios. Sin embargo, esta opinión de Kai Ambos es refutada por Muñoz Conde, para quien, en las estructuras de poder no estatal

que no se encuentren al margen del Derecho, como son las empresas, no es admisible un dominio de la voluntad en virtud del aparato de poder organizado. Por otros motivos que no viene a cuenta desarrollar, también niegan esta posibilidad Wilfried Bottke y Jorge de Figueiredo Días. Silva Sánchez plantea que pueden darse casos de un ejecutor sea plena y dolosamente responsable, en los cuales la solución de la autoría mediata activa puede ofrecer dificultades. Finalizamos nosotros, precisando que en la práctica no hemos visto un solo caso de esta naturaleza, los cuales, por lo general, son resueltos por la estructura de la omisión impropia; es decir, la falta de cuidado del socio gerente o del director que, de ese modo, permitió la realización del hecho delictivo. Con precisión, y agregando a lo ya expresado sobre el bien jurídico protegido, el Dr. Gustavo Meirovich, al dictar sentencia en una de las causas más resonantes del país, ha definido que “La víctima es la comunidad en lo que atañe a los bienes colectivos que se predicen afectados por el lavado (orden económico y financiero, administración de justicia) [\(1977\)](#) y, eventualmente, el titular del bien lesionado por el delito precedente, si se entiende que el lavado también profundiza la lesión de aquel bien jurídico”. Nos parece la descripción más apropiada de quien es el sujeto pasivo de este delito. El análisis del tipo objetivo no ofrece demasiadas dificultades; al menos, éstas no superan la gran variedad de interpretaciones que se pueden desprender de las conductas descriptas en el tipo penal. La expresión “ilícito penal” claramente indica que basta que el hecho del que el bien proviene haya sido penalmente “típico” y “antijurídico”. Deben darse ambas condiciones [\(1978\)](#), de modo que resulta irrelevante si no ha sido un delito por faltar alguna otra condición, como la “culpabilidad” del autor o la “punibilidad” de un ilícito culpable. Asimismo, la exigencia de que se trate de un ilícito penal excluye los hechos penalmente atípicos, aunque resulten ilícitos de otra índole (injusto civil, administrativo, laboral, etc.).

Explican Gil Lavedra y Sgro, que la expresión “ilícito penal” puede provocar algunos problemas interpretativos, pues existen diferentes concepciones entre los penalistas, según la orientación de la teoría del delito que admitan, acerca de cuándo puede afirmarse que un hecho es típico y antijurídico ([979]). Cualquier ilícito puede ser ilícito previo, incluyendo al delito de evasión tributaria como al propio delito de lavado de activos (autolavado) ([980]). Con la Ley 25.246, según anticipamos, el auto lavado no era posible; la Ley 26.683/2011 no deja espacio para dudas: el auto lavado es posible ([981]). Esta situación, puede conducir a la existencia de concurso real de delitos, cuando el autor del ilícito precedente también sea autor del delito subsiguiente. Hay que recordar, en este orden de ideas, que el ilícito precedente no requiere de sentencia. Algunos trabajos interpretan que el autolavado puede violar en non bis in idem. Para D´Albora, “...la pretensión de incriminar el denominado “autolavado” constituye un verdadero dislate” ([982]). El delito solo admite el dolo directo (Aboso, Meirovich). El autor debe estar guiado por una finalidad específica: la de dotar a los bienes de una apariencia de legitimidad. No obstante, hay quienes opinan que este delito admite la posibilidad de un obrar con dolo eventual ([983]). De tal modo, no es requisito la demostración acabada del conocimiento por parte del sujeto activo en torno a la ilegal procedencia del dinero que se está blanqueando, sino que resultará suficiente acreditar, a partir de las particularidades del caso, que debió sospechar de la ilicitud de ese capital (Falcone-Simaz; Durrieu; Trovato; Jaime). La modalidad culposa está excluida (Gil Lavedra-Sgro). Cuando nos referimos al dolo, por lo general lo asociamos con la exigencia de un ardid que posea la suficiente entidad como para inducir en error a la víctima (“ardid idóneo”). En este caso, la literalidad de la fórmula empleada por el legislador excluyó esta denominación u otra semejante. Sin embargo, para de la doctrina sostiene que, si falta la idoneidad del ardid, la conducta es atípica

([\[984\]](#)). Opino en el mismo sentido, ya que, si bien no surge de la letra de la ley, surge de su espíritu: lo punible consiste en darle la apariencia de haber sido obtenido lícitamente al producido de un ilícito. Esa apariencia, por lo tanto, supone cierta idoneidad. Se trata de un delito de peligro. La consumación se produce al momento en que el autor pone en circulación en el mercado de bienes y capitales los bienes provenientes del ilícito penal. No es necesario que se haya alcanzado su legitimación. Coincidente con este concepto se ha pronunciado nuestra justicia especializada in re “Martínez, J. C. y otros” -JNPE N° 8, 4/09/2017-, “El lavado de activos es un delito de resultado de peligro concreto. El resultado de peligro que reclama el tipo es el peligro de que los bienes adquieran la apariencia de un origen lícito. Es decir, no hace falta que los bienes hayan adquirido efectivamente apariencia de origen lícito; basta con que el autor haya creado la posibilidad de que ello suceda ([\[985\]](#)). El tipo penal se perfecciona y por lo tanto se consuma el delito, en el momento que el autor pone en circulación los bienes provenientes de un ilícito penal. Si fracasa de materias involuntaria habrá tentativa. En el caso que concurren varios delitos, consideramos que debe aplicarse la denominada teoría del paralelismo, según la cual el cómputo de la prescripción de las acciones debe considerarse de manera separada e independiente por cada delito atribuido; siendo -entonces- improcedente la acumulación de las penas a los efectos del cómputo de la prescripción. Así lo entendió la Sala B de la CNPE, en los autos “Compañía Azucarera Concepción SA” (11/9/2009) y “Raw Leather SA” (10/11/2009) ([\[986\]](#)).

## **VII. El delito tributario como delito precedente del delito de lavado de activos**

Desde mi punto de vista, no existe motivo para sostener que el ilícito de evasión tributaria no puede ser “ilícito antecedente” del delito de “lavado de activos”. La redacción inicial del Código Penal que lo trataba como un delito de encubrimiento agravado hacía referencia del término “delito”, más precisamente, al “delito ejecutado por otro”. La actual, especifica “ilícitos”, el verbo típico hecha por tierra cualquier interpretación en contrario. No obstante, se ha debatido muchísimo sobre el tema y por esa razón vamos a dedicar algunas líneas sobre las diferentes posturas. Probablemente el acérrimo contradictor de la postura que sostenemos fue el Dr. Vicente Oscar Díaz quien, como otros autores que siguieron su misma línea, diferenciaron entre “dinero sucio” (proveniente de delitos tales como el narcotráfico, tráfico de personas, etc.), y “dinero negro” (proveniente de la evasión). Así, el dinero negro provendría de una actividad lícita; en tanto el “dinero sucio” de una actividad ilícita ([1987](#)). También D´Albora considera un grave error conceptual -y político- el haber incorporado a la nómina, en forma estéril, a los delitos tributarios. Dice el autor que “Confundir la lucha contra el crimen organizado con la persecución de los evasores no reviste el menor análisis” ([1988](#)). Para nosotros, este razonamiento es insostenible ya que, el dinero que proviene de la evasión tributaria, no puede ser considerado “obtenido lícitamente”. Como acertadamente reflexiona Sancinetti, si se tratara de dinero limpio que se ensucia con la infracción con la acción fraudulenta en perjuicio del Fisco, es porque ya no está limpio ([1989](#)). No obstante, repetimos, hay calificadas opiniones en contra. Entre las que más recientemente hemos conocido, proviene del Dr. Cornejo Costas ([1990](#)), cuyos fundamentos no difieren, en lo sustancial, en lo sostenido por Díaz ([1991](#)). Roberto Durrieu, acepta que el ilícito tributario pueda ser el “ilícito previo” a que hace referencia la ley, pero bajo la condición que la evasión haya producido una afectación grave y directa de los bienes jurídicos que debe proteger el delito fiscal



(patrimonio del Fisco) y el delito de lavado de dinero (el sistema socio económico) (1992). Una postura novedosa es la de Pampliega, para quien el delito de evasión no puede ser delito precedente porque se vulneraría el non bis in idem (1993). No aprecio que la cuestión pueda ser analizada de este modo. La concurrencia al delito como autor o partícipe es uno de los temas más discutidos en la doctrina y en la práctica del Derecho penal. Los principales criterios que se han utilizado para distinguir entre autoría y participación son las teorías subjetivas, la teoría objetivo formal, las teorías objetivo-materiales, la Teoría del dominio del hecho postulada por Hans Welzel (1994) y la Teoría Funcional. Dentro de esta última encontramos al delito como la infracción de un deber, generalmente impuesto por otra norma que no es penal. No se trata, como muchos pueden llegar a creer, de una teoría novedosa, sino que fue introducida en el derecho penal por el Prof. Claus Roxin en 1963 (1995). En la Teoría de los Delitos de Infracción de Deber, es autor quien realiza la conducta prohibida infringiendo un deber especial de carácter penal o extrapenal, en tanto, que, es partícipe aquel que también participa en la realización de la conducta prohibida, pero sin infringir deber especial alguno. Aquí son irrelevantes el dominio del hecho o la medida de la contribución que se hace al resultado (1996). En estos delitos lo relevante no es, aunque lo haya, el dominio sobre un suceso; sino la infracción de un deber específico que solo incumbe al autor, a saber, el deber impuesto por una institución positiva estatal (1997). De ahí que podemos definir los delitos de infracción del deber como aquellas conductas en las cuales la autoría se ve caracterizada por el hecho de que alguien abusa o descuida el deber especial que surge de su rol social, y de ese modo, pone en peligro u ocasiona una lesión típica de determinados bienes jurídicos. En concreto, son conductas en las cuales el autor, por no cumplir con las exigencias impuestas por su rol social especial, lesiona o pone en peligro un bien jurídico protegido representado

por principios y deberes que le son propios o inherentes a ese rol (deberes “funcionales”). En efecto, aquí es preciso dejar establecido que en los delitos especiales los bienes jurídicos que se pretende proteger siempre se representan en principios o deberes; en tanto que en los delitos comunes o de dominio, por lo general los bienes jurídicos que se pretende proteger siempre se representan en derechos. Fundamenta la autoría en los delitos especiales, por lo tanto, un deber especial de carácter penal o extrapenal que no recae en todas las personas, sino solo en aquellos sujetos calificados por la propia fórmula legislativa ([998]). Sujetos que al ser calificados se constituyen en los únicos que pueden ser autores de determinados delitos. Se trata de aquellas personas que reúnen las condiciones personales que el tipo penal exige ([999]). De modo que, el fundamento de esta teoría no es la infracción del “deber general” que atañe a todos los ciudadanos y que surge en forma abstracta del tipo penal, sino “deberes especiales” impuestos por la ley penal o extrapenal. Dice Roxin, que se trata siempre de deberes que están antepuestos en el plano lógico a la norma del Derecho penal y que, por lo general, se originan en otros ámbitos del Derecho. En estos delitos, por ende, no es el rol del sujeto ni el dominio fáctico de la situación típica lo que convierte al sujeto en autor del delito, sino el deber infringido por el actuante como portador de un deber legal de comportarse correctamente en el ejercicio de ese rol. “Autor”, entonces, será quien interviene en la comisión del delito infringiendo o incumpliendo aquel deber especial; y “partícipe” quien interviene en la comisión del delito, pero sin infringir o incumplir deber especial alguno, toda vez que no lo tiene. Aquí resulta necesario precisar, nuevamente, que los “deberes especiales”, que una parte importante de la doctrina indica que surgen de la “ley penal”; en la mayoría de los casos esto no es así: esos deberes están legislados en normativa no penal. Por esa razón, su incumplimiento es indispensable para completar el tipo penal, lo que nos lleva

al problema de la ley penal en blanco, harto frecuente en los delitos especiales. Por eso se sostiene que, en los delitos de infracción de deber, la sanción radica en que el sujeto atenta contra las exigencias de rendimiento provenientes del rol social que él voluntariamente ha asumido. Son ámbitos jurídicos de la vida ya plenamente formados, cuya funcionalidad, de acuerdo con criterio de la comunidad, debe ser protegida por los tipos penales especiales. Tampoco es necesario que el autor (intraneus) sea quien en forma directa realice la lesión al bien jurídico; es suficiente con que el "sujeto activo" (El portador del rol especial), tenga la llamada "disponibilidad jurídica". Si empleando esa disponibilidad jurídica determina a otro a cometer el delito -especial- en el cual él no mueve un solo dedo, estaremos ante un caso de autoría mediata. Ejemplo: Siendo que algunos delitos de evasión tributaria solo pueden ser cometidos por el "contribuyente o responsable" (el intraneus), aunque éste no realice ninguna acción material de las que se consideran necesarias para la comisión del delito (presentación de declaraciones juradas maliciosas, etc.), sino que se valga de un tercero para perpetrarlo (extraneus, un prestanombre, por ejemplo); pues, en este caso, el intraneus será considerado autor, mientras que el hombre de adelante es solo partícipe (no infringe deber alguno). Esta solución razonable se basa en que solamente la infracción del deber jurídico especial en que incurre el intraneus (el obligado) puede fundamentar la autoría. Es más, según el profesor Caro John, que se adhiere a la concepción de Jakobs, enseña que en este modelo rige el "principio de autoría única", donde, en todos los supuestos, el intraneus responde como autor directo de un delito de infracción de deber. La posición que ocupe en el hecho -sea como hombre de adelante o como hombre de atrás-, es irrelevante. Basta que el sujeto esté sujeto a una relación de deber institucional, y que lo infrinja, para convertirse en autor ([\[1000\]](#)). El intraneus es un autor mediato, puesto que lo que hace es realizar parte de la

acción típica “a través de otro”, infringiendo personalmente su deber especial ([1001]). Aunque tampoco es requisito que el intraneus realice parte de la acción. Es más, lo más común es que no realice ninguna fase del delito. En cambio, aunque tenga el “dominio del hecho”, el extraneus es solo un cómplice; él no puede ser autor, porque no está vinculado al deber especial y, por lo tanto, no puede lesionarlo ni ponerlo en peligro ([1002]). La tesis central, por ende, es que el obligado positivamente responde en caso de incumplimiento como autor, y ello con independencia de si junto a él un actuante, con o sin dominio del hecho, o un omitente contribuyeron a que se produjese el resultado ([1003]). En el mismo sentido, se expresó el Prof. José González Cussac, en estas Jornadas sobre “Lavado de dinero y evidencia digital”, donde, interrogado por el autor de esta nota acerca de si el sujeto obligado de informar la operación sospechosa podía ser “autor” del delito de lavado, respondió afirmativamente; agregando que el delito de lavado de activos es un delito de infracción de deber ([1004]). Esta opinión resulta de particular valor, dado que el Código Penal español define los tipos penales de manera bastante semejante en lo que respecta a la autoría, en lo que concierne a la descripción del sujeto activo, donde emplea el término “el que” ([1005]). Retomando nuestra línea de desarrollo, si de buscar un fundamento se tratase, diríamos que es de toda lógica que la relación funcional prevista por el legislador como elemento típico objetivo fundamental del delito especial, hace más fuerte a los deberes o principios que sustentan la organización de la sociedad, contribuyendo, de manera decisiva, a la solución dogmática de la cuestión acerca de la delimitación de las formas de intervención en aquellos delitos donde más de dos personas participan en su comisión y presuponen deberes especiales de carácter penal ([1006]). De allí que sostengamos que la aplicación de esta teoría resuelve razonablemente muchos de los vacíos a los que lleva la aplicación de la teoría que se basa en el dominio del hecho

y por eso la tesis de Roxin de la infracción de deber se está imponiendo, tanto por su sencillez -una vez que se la comprende-, como por ofrecer mejores soluciones prácticas a los casos que se presentan en los estrados judiciales. Empero, la tesis de Roxin no es la única. Partiendo de ella, Jakobs la ha “refinado” normatizándola. Así, para Jakobs, la distinción entre delitos de dominio y delitos de infracción de deber se explica mediante el criterio del “ámbito de competencia del autor”. Según este criterio, la persona vive inmersa en un mundo regido por normas donde debe satisfacer una diversidad de deberes que van dando forma a una competencia personal. La infracción de aquellos deberes mediante la incorrecta administración del ámbito de competencia personal fundamenta precisamente su responsabilidad jurídico-penal. Así el primer fundamento de la responsabilidad penal lo conforma la lesión de los deberes generales de actuación -deberes en virtud de competencia de organización-, cuyo equivalente, en el lenguaje de Roxin, lo constituirían los delitos de dominio. Cuando Jakobs habla de que el primer fundamento de la responsabilidad se relaciona con los deberes generales de actuación, se está refiriendo al hecho de que cada persona, por ser persona, está obligada a cumplir deberes generales que incumben a todos en igualdad de condiciones, siendo el deber más general, y el primero que antecede a todos, el de no lesionar a los demás en sus bienes; al mismo tiempo, el estatus más general es el de persona en Derecho. La observancia de este deber general permite a la persona la configuración de un segmento de la sociedad donde ella vive y se desarrolla en un espacio de libertad posibilitándose para sí, y para los demás, una convivencia pacífica. La existencia de los deberes generales hace que la libertad general de configuración que tiene cada persona no sea ilimitada, y de hecho tiene que haber límites a la libertad. Los límites a la libertad surgen de la posición jurídica que ocupa cada persona en la sociedad, es decir, de un haz de derechos y obligaciones al que debe ajustar su

conducta en un mundo socialmente configurado. Cuando la persona vulnera los deberes de su estatus está haciendo un uso arbitrario de su libertad, está configurando un estado de cosas que el Derecho desapruueba. Si la configuración del segmento personal se hace dañando los bienes de los demás es evidente que al infractor se le atribuye una responsabilidad jurídico-penal. El segundo fundamento de la responsabilidad viene dado por la inobservancia de deberes especiales, esto es, deberes en virtud de competencia institucional, a los que pertenecen los delitos de infracción de deber. Estos deberes, a diferencia de lo anterior, no tienen que ver con la violación de los límites generales de la libertad, sino con la inobservancia de los límites trazados por un estatus especial. La cualidad de los autores no desempeña ningún papel sino únicamente la especial relación institucional entre el obligado especial y el objeto de bien jurídico. En este sentido, en la lesión del deber radica para Jakobs el fundamento de la imputación jurídico-penal, a diferencia de Roxin, para quien la lesión del deber es sólo un criterio que determina la autoría del hecho ([1007]). Ahora bien, ¿Puede o no el delito de lavado de activos ser considerado un delito de infracción de deber? Para responderlo, vamos a extraer algunas ideas de las tantas notas escritas al respecto, que, aunque se refieren al derecho penal tributario, pueden ser perfectamente aplicables al tema que estudiamos ([1008]). Comenzamos refiriendo que, como acabamos de mostrar, estamos ante un tema acerca del cual todavía hay mucho por discutir y sobre el que ni siquiera los máximos exponentes de estas teorías, Jakobs y Roxin, han logrado ponerse de acuerdo. No obstante, podría decirse que lo que Roxin denomina “*delitos de dominio*” y “*delitos de infracción de deber*”, en Jakobs pasan a ser, respectivamente, “*delitos de responsabilidad en virtud de competencia de organización*” y “*delitos de responsabilidad en virtud de competencia institucional*”. Como sea, el concepto central del que debemos partir es que en los delitos de infracción

de deber el fundamento de la responsabilidad penal para el obligado especial no se basa en el dominio de una situación lesiva para el bien jurídico, sino en su actitud contraria al deber manifestada por medio de su conducta. Esto quiere decir que los deberes a que se refieren los delitos de infracción de deber comprenden al deber positivo de todo obligado especial de protección y favorecimiento de los bienes colocados dentro de su esfera jurídica. A este alcance del desarrollo, lo “complica” un poco más Caro John, cuando expresa que los “delitos de infracción de deber” se diferencian de las figuras delictivas conocidas como “delitos especiales”. Así, para este autor mientras que los deberes positivos ocupan el centro de los delitos consistentes en la infracción de un deber, el núcleo de los delitos especiales lo constituye la descripción típica de los elementos personales del autor, o de la acción, o bien la forma en que un determinado objeto de bien jurídico puede ser lesionado. Por tanto, no deben equipararse los delitos de infracción de deber con los delitos especiales, pues mientras la dicotomía “delitos comunes/delitos especiales” se basa en condicionamientos formales establecidos por el legislador, la dicotomía “delitos de dominio/delitos de infracción de deber” sí recoge una diferenciación material. En el delito de infracción de deber el autor tiene una relación institucional con el bien jurídico. En cambio, en el ámbito de los delitos especiales la realización delictiva descrita en el tipo es lo que produce la relación del autor con el bien jurídico; como los elementos de configuración de la acción vienen dados por el tipo, entonces no hace falta que el autor sea portador de ningún deber. Además, explica, los delitos especiales pertenecen al grupo de los delitos de dominio. Un ejemplo de los delitos especiales lo constituye la apropiación indebida de tributos (art. 4, L. 27.430) y la apropiación indebida de recursos de la seguridad social (Art. 7, L. 27.430), que sólo lo pueden cometer los agentes de retención o percepción. En los delitos de infracción de deber el autor responde sólo por la

infracción de un deber especial, independientemente de cómo él organice su conducta, o de cómo él domine el hecho. Esto quiere decir que el deber es independiente de la organización y que el obligado especial solo puede responder a título de autor -y no de partícipe-. Tampoco son posibles las modalidades de autoría delictiva conocidas como coautoría y autoría mediata. Probablemente, si tenemos en cuenta el contenido de la legislación nacional sobre lavado de activos, allí no se hace referencia a un sujeto que cumple un rol que le viene predeterminado normativamente; ergo, estaríamos ante un delito de dominio en el cual, desde la Teoría del Delito, cualquiera puede ser autor y también cualquiera puede ser partícipe. Sin embargo, según la teoría del incumplimiento de obligaciones que vienen dados por el rol, la figura central - el autor- es quien se encuentra obligado a cumplir un determinado rol o deber especial específico para el tipo penal, el que, como ya mencionamos, suele venir determinado por una norma “no penal”, aunque no necesariamente esta es una condición. En estos casos, por lo tanto, es autor quien realiza el resultado (de la forma que sea) mediante la infracción de su deber especial particularizado para el tipo; mientras que alguien a quien no incumba ese deber, no puede ser más que partícipe, con total independencia de la importancia de su contribución al hecho externo. Por ese motivo, en los delitos de infracción de deber, el fundamento de la punición radica en que alguien contraviene las exigencias (de hacer o de no hacer) de prestaciones provenientes de un papel social por el asumido. De allí que adhiramos a la doctrina cuando expresa que en esta clase de delitos no interesa el dominio del hecho, ni la participación externa en el resultado; inclusive, como expresamos más arriba, nada impide que haya autoría sin dominio del hecho. Quizás, por ese motivo Jakobs la define como la “responsabilidad por arrogación de organización”. Visto esto desde la Teoría del Riesgo Permitido, en estos casos, el autor va a ser siempre el



portador del rol que es lo que permite garantizar las condiciones mínimas de la vida en sociedad. De allí que la dogmática jurídico penal moderna habla de las “instituciones” como “base” de la sociedad. Esas instituciones, como la sociedad misma, están compuestas por individuos de los cuales se espera cierto comportamiento en función de su rol (principio de confianza); a esto se lo conoce como el “comportamiento esperado” o “expectativa normativa”, que demanda del actor un comportamiento “conforme a derecho”, vale decir, cumplir con lo que la ley exige. Por su parte, este actuar conforme a derecho no importa que los individuos debamos permanecer paralizados para no correr el riesgo de infringir la ley. Por el contrario, todos tenemos un ámbito de libertad (riesgo permitido); cuando esa libertad se transgrede, cuando se entra dentro del ámbito del riesgo que la sociedad no está dispuesta a tolerar (riesgos no permitidos), es necesario aplicar el único medio efectivo para ratificar la vigencia de la norma y lograr el restablecimiento del orden organizacional: la consecuencia penal. De este modo, la sociedad corrobora que esa norma es apropiada y ratifica su vigencia. El legislador se desentiende de la naturaleza externa del comportamiento del autor, fundamentando la pena en el incumplimiento de las prestaciones ligadas a un determinado estatus. A diferencia de lo que sucede con muchos tipos penales, existe aquí una relación entre autor y bien jurídico que no se encuentra descripta únicamente de modo negativo, como un deber de no lesionar. Por el contrario, lo usual es que este vínculo esté previsto de modo positivo: como una obligación de hacer que no excluye necesariamente una posible obligación de no hacer ([\[1009\]](#)). En estos delitos, lo relevante no es, aunque lo haya, el dominio sobre un suceso, sino la infracción de un deber específico que sólo incumbe al autor, a saber, el deber impuesto por una institución positiva. Desde mi punto de vista, atento a lo que acabo de explicar, el delito de lavado de activos puede

ser caracterizado como un delito de infracción de deber. Pero esto solo es posible, en los supuestos del agravante establecido para los “funcionarios públicos”, “profesionales” y para los supuestos de “autoría mediata”. En este último caso, podrían ser considerados autores quienes, de acuerdo con la “ley no penal” (reglamentaciones de la UIF, etc.), estén obligados a cumplir roles específicos. Ya me referí al tema cuando mencioné a los sujetos obligados a reportar las operaciones sospechosas. En el supuesto que el sujeto no cumpla con las obligaciones inherentes al rol o bien, cuando actúe fuera del riesgo permitido, podrá ser considerado “autor” del delito de lavado; mientras que los que realicen los verbos típicos, solo podrán ser imputados a título de “partícipes”. No obstante, soy consciente de las derivaciones que pueden llegar a sucederse a partir de esa definición: los que realicen la acción solo podrán ser imputados como partícipes, lo que no nos convence para nada. Y “autor” solo podría ser el ligado funcionalmente a cumplir un determinado rol que, además, supone una cierta posición de garante. En este orden de ideas, si analizamos la configuración de deberes positivos en la prevención del lavado de activos en el ordenamiento nacional y el fundamento de la responsabilidad de sujetos obligados, podríamos asumir que éstos se encuentran en esa posición de garantes. Aceptado ello, examinando la responsabilidad derivada de un deber negativo (*neminem laedere*) y la institucional construida por deberes positivos, se podría llegar a sostener que el lavado de activos, bajo ciertos supuestos, se trata de un “delito de infracción de deber institucional”. Podríamos llegar al extremo de opinar que cualquier ciudadano tiene la obligación de denunciar una operación sospechosa, en virtud de las competencias institucionales derivadas del rol de ciudadano que entre otros aspectos comprende el de dar respuesta al estándar de cuidado exigido. Entonces, estaríamos ampliando el campo de la punibilidad casi hasta el infinito, lo cual,

conforme a los principios más elementales, carece de toda lógica. Empero ser para nosotros muy clara la cuestión, habiendo opiniones en contrario, recomendamos profundizar el tema con otros aportes académicos ([\[1010\]](#)). El siguiente ejemplo, citado por Roxin, grafica lo expuesto: cuando en un taller un trabajador se lesiona por imprudencia, el propietario del taller solo responderá como autor de las lesiones si se llegara a verificar que como parte de tener el control del negocio infringió algún deber especial, como, por ejemplo, no dar el mantenimiento oportuno a la maquinaria, no entregar la ropa adecuada a su trabajador, etc. En cambio, si se verifica que el propietario del negocio cumplió con todos sus deberes al interior del negocio, es imposible en nuestro sistema jurídico que responda penalmente por las lesiones ocurridas como producto de la imprudencia del operario, así se verifique que tuvo el pleno control del dominio sobre la causa del resultado. El dominio sobre la situación de desamparo de un bien jurídico o el dominio sobre una causa esencial del resultado, por sí mismos no son suficientes para establecer autoría en los delitos especiales, es necesario algo más. Y ese plus no es otra cosa que verificar si, en el caso concreto, el agente infringió algún deber especial. En los delitos funcionariales, es cierto que, como sostiene el autor, los sujetos públicos tienen el poder estatal a su disposición, y por tanto ejercen control calificado sobre los sucesos en el marco de sus competencias. En consecuencia, ellos mismos están sometidos a un control penal más estricto. No obstante, también es cierto que por el solo hecho de tener el poder estatal, tener el dominio o tener competencia funcional sobre el objeto del delito, no responden penalmente como autores si previamente no se verifica la infracción a algún deber especial de carácter penal. Si no se lesiona algún deber, por más que se verifique el dominio sobre la situación de desamparo de un bien jurídico o el dominio sobre una causa esencial del resultado, no hay forma de

fundamentar la autoría. Ergo, siempre es necesaria la existencia de un deber impuesto por la ley, cuya omisión hace responsable a quien asume el rol de garante. Finalmente, debe precisarse que los deberes duran más o van más lejos que la relación de dominio sobre la causa del resultado. Dos ejemplos citados por el profesor Roxin (2016, pp. 321-322) grafican lo expresado: cuando una madre emprende un viaje alrededor del mundo y deja a su bebé lactante solo en su casa cerrada con llave, en caso de que el niño muriera de hambre ella será responsable de homicidio por omisión, aun cuando ya no tenía el dominio del control sobre el niño. El otro caso es el de los padres que se van al cine mientras sus hijos se quedan solos en casa. ¿Qué sucede si necesitan ayuda? ¿Quién es responsable? Lo decisivo para cualquier autoría por omisión de los padres tendría que ser el hecho de que todavía subsiste su deber de vigilancia y que ellos deben cumplir con este deber así estén lejos del dominio sobre una causa esencial del resultado. Por supuesto, el cumplimiento de estos deberes excluye de responsabilidad a los padres, mientras su incumplimiento puede fundamentar su autoría del resultado dañoso producido. En suma, ese plus al dominio al que antes hemos hecho referencia es, en definitiva, lo que fundamenta la autoría. Bastante parecido, sino igual, a lo característico de los delitos de infracción de deber desde la posición de Roxin. De todo lo explicado, concluimos que el delito de lavado en nuestro país no puede ser tratado desde la perspectiva del garante. Desechada esa posibilidad, avanzo ahora con los denominados “delitos de infracción de deber por competencia institucional” cuya autoría pertenece al profesor Jakobs. En general, se trata de la misma teoría de los delitos de infracción de deber, pero con una modalidad diferente. Acá lo trascendente es la relación institucional entre la persona que detenta el deber especial y el derecho que le compete proteger. Para Jakobs debe distinguirse, desde el principio, entre dos clases de delitos: los delitos de

“responsabilidad por competencia por organización” y los “delitos por competencia institucional”. En el primero de ellos, el deber prescrito en la norma regula toda la relación entre el objeto de protección y el autor; en los segundos, el deber solo se limitaría a asegurar penalmente una relación ya existente con prescindencia del deber. En los delitos de infracción de deber, los autores se encuentran en una posición de garantes, esto es, tutelar el bien jurídico institucionalmente asegurado. Según Jakobs, existen dos tipos de omisiones, una en los delitos de responsabilidad por organización, donde la relación del objeto material con el sujeto es puramente negativa, y la segunda, en los delitos de responsabilidad por institución, que se caracteriza por la relación positiva entre el objeto material y el sujeto, el mismo que lo obliga a la conservación del bien jurídico, en los delitos de omisión semejantes a la comisión hay deberes de actuar que representan costes de la libertad de actuar. El fundamento de responsabilidad por el delito por omisión en estos casos (deberes en virtud de responsabilidad por organización) es idéntico al fundamento de responsabilidad por los delitos de dominio de comisión: tener consideración por los otros al configurar el propio ámbito de organización. Al igual que en la responsabilidad en merito a la incumbencia por organización que se contrapone a la libertad personal, se configura otra responsabilidad por la infracción del deber de sacrificarse que tiene su fundamento en la garantía de solidaridad. Estos deberes derivan de instituciones como el matrimonio, las relaciones paterno-filiales, relaciones de confianza, etc. La omisión en los delitos de infracción de deber se fundamenta en la vulneración de esos deberes institucionales, que se contraponen a un hacer. En ese orden de ideas, existen ámbitos de riesgos para los bienes jurídicos, respecto del cual ocupan una posición de garante, los portadores de los deberes, ya sean organizacionales o institucionales, que pueden ser lesionados mediante una actuación u omisión. Autor de un

delito de omisión solo puede ser el titular de un deber de responder que se evite el resultado (deber de garante). Lo que plantea Jakobs es reemplazar el criterio de dominio por el de competencia, y de esta manera convertir todos los delitos en infracción de deber, y como vimos, materializarse a través de competencias organizacionales o institucionales; sin embargo, aún toma en cuenta el criterio cuantitativo del dominio del hecho, para diferenciar la coautoría de la complicidad. Como conclusión de todo lo señalado, considero apropiado reafirmar lo que vengo sosteniendo en los párrafos precedentes: el delito de lavado de activos del Art. 303 del CP argentino no encaja solamente dentro de los delitos de pura infracción de deber. En todo caso, estaríamos ante un delito con un componente de infracción de deber y un componente de dominio. Semejante a la definición que dan algunos autores para el delito fiscal, al que consideran un “delito especial propio de naturaleza mixta”<sup>(1011)</sup>. En otros términos, haciendo la salvedad del funcionario público y de los profesionales, solo podría ser considerado autor el extraneus que infrinja su deber de cuidado, en la medida que posea un grado de dominio sobre el hecho punible. Ese dominio sobre el hecho debe trascender el simple incumplimiento de los deberes que le impone el rol extrapenal. Esto quiere decir que, para nosotros, la participación externa del sujeto portador del rol no puede ser indiferente, sino que, al contrario, debe resultar “favorecedora” (dolo) de la acción del ejecutor. De otra manera, opinamos, se estaría violando el principio de culpabilidad, instituyendo una suerte de derecho penal de autor. También se infringiría el principio de razonabilidad, máxime considerando que el tipo penal del lavado de activos solo es punible si hay dolo directo. Otra podría ser la conclusión, para el caso de los delitos omisivos culposos, donde la lesión del deber objetivo de cuidado puede justificar casos de autoría. Quedan otros temas de interés cuya conexión con el que aquí se desarrolla es inexorable. Entre ellos, es muy importante conocer la doctrina de la

“ignorancia deliberada” o “ceguera intencional”, desarrollada muy profundamente por el profesor argentino Dr. Rafael Berruezo, cuyas obras son de imperiosa lectura.

## **VIII. Conclusiones**

Como conclusión de todo lo que acabo de desarrollar, concluyo que no estamos ante un tema sobre el cual todavía no falte mucho debate. Sin embargo, me aventuro a dar mencionar algunas conclusiones: 1. Sobre el alcance de las investigaciones tributarias, el punto central de la discusión finca en lograr el equilibrio entre las atribuciones del Fisco y el derecho a no autoincriminarse del contribuyente o responsable. En definitiva, es necesario capacitar a las Administraciones tributarias para evitar la inmunidad vía nulificaciones. 2. No hay dudas que, en su actual redacción, el ilícito tributario puede ser ilícito previo -o ilícito precedente- del delito de lavado de activos. 3. En el marco de la Teoría de la Imputación Objetiva, el delito de blanqueo puede ser considerado un delito de infracción deber, solo en cuatro supuestos: a) Cuando el autor fuera funcionario público que hubiera cometido el hecho en ejercicio u ocasión de sus funciones. b) El que hubiere actuado en ejercicio de una profesión u oficio que requirieran habilitación especial. c) En los supuestos de autoría mediata; es decir, cuando por acción u omisión, el “hombre de atrás” es quien determina la comisión del delito, no participando en la realización de las acciones prohibidas. d) Sin embargo, en determinados casos, el sujeto de atrás debe haber contribuido, de alguna manera -dolosa- a la consumación del delito, lo que supone un cierto grado sobre el dominio del hecho. Por ende, solo puede ser considerado “autor” el extraneus que infrinja su deber de cuidado, en la medida que posea un grado de dominio sobre el hecho punible. Ese dominio sobre el hecho debe trascender el simple incumplimiento de los deberes que le

impone el rol extrapenal. Esto quiere decir que, para nosotros, la participación externa del sujeto portador del rol no puede ser indiferente, sino que, al contrario, debe resultar favorecedora de la acción del ejecutor. De otra manera, opino, se estaría violando el principio de culpabilidad, instituyendo una suerte de derecho penal de autor e infringiendo el principio de razonabilidad, máxime considerando que el tipo penal del lavado de activos solo es punible si hay dolo directo. Otra podría ser la conclusión, para el caso de los delitos omisivos culposos, donde la lesión del deber objetivo de cuidado puede justificar casos de autoría. 4. Por ende, lo más apropiado, desde mi perspectiva y en el marco de la Teoría de la Imputación Objetiva, es definir al delito de lavado de activos como un “delito especial propio de naturaleza mixta”, con características de “dominio del hecho” y también con elementos de “infracción de deber”. 5. Es admisible el “autolavado”, sin que ello pueda ser interpretado como violatorio del principio non bis in idem. Muchas gracias.



# LA ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL A LAS PERSONAS JURÍDICAS DERIVADA DE OPERACIONES DE M&A. RELEVANCIA DEL *DUE DILIGENCE* DE COMPLIANCE PENAL EN LA LEY PERUANA N° 30424

Percy André Sota Sánchez\*

## I. Introducción

En el Perú la responsabilidad penal (o administrativa) de las personas jurídicas se introdujo con la Ley N° 30424, la que tiene influencia española en el art. 31° Bis del Código Penal, e italiana en el Decreto Legislativo N° 231/2001.

Los criterios para la imputación del delito contra las personas jurídicas se encuentran regulados en el artículo 3° y las funciones que cumple el *Compliance* Penal en los artículos 11° y 17° de la Ley N° 30424. Si bien la doctrina penal se viene encargando de estudiar e interpretar estos criterios de imputación y las funciones del *Compliance* Penal, hay algunos aspectos que están pasando inadvertidos como es el hecho que, en nuestra legislación, la responsabilidad penal de una persona jurídica también puede ser transmitida a otra en el marco de las operaciones de *M&A*, o de una Escisión, lo que de por se contrapone a

los principios de responsabilidad por el hecho propio y personalidad de las penas.

A modo de ejemplo, si la persona jurídica “A” decide fusionarse, adquirir acciones, activos y pasivos, o absorber a la persona jurídica “B” (*target*), y “B” comete algún delito regulado en la Ley N° 30424, antes o después del proceso de *M&A*, la responsabilidad penal de “B” será atribuida a “A”, lo que implica una transferencia de culpabilidad y las sanciones penales a aplicarse.

En este ámbito cobra relevancia el proceso de *Due Diligence de Compliance Penal*, que si se realiza adecuadamente va a generar -además de conocer las *red flags* en materia penal y de *compliance* penal del *Target*- que no se transfiera la responsabilidad penal del *Target* a la persona jurídica adquirente o a la nueva persona jurídica que se constituya.

## **II. Contexto en el que se introdujo la Ley N° 30424 al ordenamiento jurídico peruano.**

En la vida republicana de Perú, que en el 2021 cumple un bicentenario, solo tuvimos tres códigos penales, el código penal de 1863, el código penal de 1924 y el aún vigente Código penal de 1991, con sus respectivas modificatorias y legislación penal complementaria como son las Leyes penales, Decretos Legislativos y Decretos Ley.

Durante este periodo estuvo vigente en el Perú el aforismo *societas delinquere non potest*<sup>[1012]</sup>, hasta que el 21 de abril de 2016 se publicó en el diario oficial El Peruano la Ley N° 30424, que entró en vigor recién el 1 de enero de 2018 y que actualmente se denomina Ley que regula la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas<sup>[1013]</sup>.

El contexto social en el que se promulgó la Ley N° 30424, así como sus posteriores modificatorias y norma reglamentaria, estuvo marcado por graves escándalos de corrupción que tuvieron impacto nacional, como son los casos Lava Jato, de Odebrecht y del Club de la Construcción, los cuales hicieron visibles las consecuencias dañinas de la criminalidad de empresa.

Como resulta lógico, este contexto debió orientar la política criminal estatal para que, sobre la base de un estudio criminológico, se adopten herramientas jurídico - penales que hagan frente a la criminalidad de empresa; sin embargo, ello no ocurrió. Por el contrario, la Ley N° 30424 debe su origen al cumplimiento de los requisitos exigidos por la OCDE al Estado Peruano<sup>[1014]</sup>, el cual viene realizando serios esfuerzos en la adecuación de su legislación interna para formar parte de la OCDE.

Sin perjuicio de lo anterior, este contexto criminológico originó un cambio de paradigma en el actuar de los órganos de administración de justicia, los cuales tradicionalmente perseguían los delitos de la criminalidad de empresa a través de imputaciones contra personas naturales y, en cambio, ahora formulan imputaciones penales contra personas jurídicas, solicitan su incorporación al proceso penal y solicitan la aplicación de las consecuencias accesorias<sup>[1015]</sup> -sanciones penales- reguladas en el art. 105° del Código penal. Lamentablemente, aún no se conocen casos donde se aplique la Ley N° 30424.

### **III. Criterios de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas en la Ley N° 30424**

#### *3.1. ¿Responsabilidad penal o administrativa?*

La Ley N° 30424, titulada Ley de responsabilidad administrativa de las personas jurídicas, tiene su fuente en el art. 31° bis del Código penal español<sup>[1016]</sup>, donde se regula la responsabilidad penal de las personas jurídicas y en el Decreto Legislativo 231/2001 de Italia, que regula la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas, aunque en la doctrina penal italiana hay autores que sostienen que estamos ante una auténtica responsabilidad penal de las personas jurídicas<sup>[1017]</sup>

Siguiendo el título de la Ley N° 30424, podríamos inferir que la voluntad del legislador fue incorporar un régimen de responsabilidad administrativa de las personas jurídicas derivada de la comisión de un delito. Sin embargo, la naturaleza jurídica de este tipo de responsabilidad genera debate en la doctrina, entre quienes afirman que estamos ante una responsabilidad administrativa, quienes señalan que la responsabilidad es penal y posiciones intermedias.

Así, para Gómez-Jara Diez si el legislador peruano ha precisado específicamente que se trata de responsabilidad administrativa, debe respetarse dicha decisión <sup>[1018]</sup>. En el mismo sentido, Balmaceda Quirós señala que esta responsabilidad es administrativa no solo porque la ley lo diga -como algunos suelen sostener: “fraude de etiquetas”, sino porque sus parámetros de atribución de la responsabilidad no se mueven con criterios del derecho penal<sup>[1019]</sup>. Por el contrario, hay autores que sostienen que la Ley N° 30424 reconoce una responsabilidad *sui generis* entre penal y administrativa<sup>[1020]</sup> y otros que consideran que estamos ante un fraude de etiquetas<sup>[1021]</sup> y que, realmente, se regula una responsabilidad penal.

Nuestro punto de vista es que la Ley N° 30424 implementa un sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas, a partir del cual se puede inferir un esquema conceptual que garantice una aplicación racional de los criterios de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas, que atienden al sustrato mismo de la persona jurídica, sobre la base de los cuales se puede

afirmar una capacidad de acción y de culpabilidad de las personas jurídicas, lo que además se pone de manifiesto por la función que la Ley otorga al *compliance* en la atribución de responsabilidad penal. Por tanto, no podemos estar de acuerdo con aquella posición en la doctrina nacional que sostiene que la responsabilidad de las personas jurídicas es de naturaleza penal por cuanto las sanciones que se aplican no son medidas de carácter administrativo<sup>[1022]</sup>.

### *3.2. El Compliance en el sistema de imputación de responsabilidad penal de las personas jurídicas, según la Ley N° 30424.*

Sistemas de imputación de responsabilidad penal de las personas jurídicas: Derecho comparado, doctrina y jurisprudencia.

En el Derecho comparado podemos apreciar que cada vez es mayor el número de legislaciones que responsabilizan a las personas jurídicas por los delitos cometidos por sus directivos, representantes y subordinados, en beneficio de estas. Esta responsabilidad jurídica puede ser administrativa o penal, según la opción político criminal que adopte cada Estado para hacer frente a la criminalidad de empresa<sup>[1023]</sup>.

A partir de un análisis dogmático de estas legislaciones, en la doctrina penal se han elaborado diversas tesis que tratan de fundamentar la atribución de responsabilidad penal a las personas jurídicas, entre las que tenemos las tesis que postulan un sistema vicarial, un sistema de culpabilidad de empresa y un sistema mixto. Elementos en común de estas tesis es que plantean que el delito, que necesariamente debe ser cometido por alguien que represente a la persona jurídica, sea cometido en beneficio y por cuenta de las personas jurídicas.

Señalan Ortiz de Urbina y Cigüela Sola que en los sistemas vicariales, también conocidos como heteroresponsabilidad, la responsabilidad penal de las personas jurídicas surge automáticamente cuando un directivo o representante comete un delito en beneficio de la empresa y actuando en su nombre, y cuyo sistema de imputación parte de que tanto el injusto como la culpabilidad se transfieren de la persona física a la jurídica y, en cambio, en el sistema de culpabilidad de empresa, también conocido como autorresponsabilidad, la persona jurídica respondería por un injusto y una culpabilidad propios, *a priori* separadas del delito individual en cuestión<sup>[1024]</sup>.

En primer modelo de imputación, vicarial o de transferencia de responsabilidad<sup>[1025]</sup>, la culpabilidad de la persona natural se transferirá a la persona jurídica. Este modelo también es conocido como responsabilidad por atribución<sup>[1026]</sup>. Ahora bien, en este sistema vicarial no cualquier persona que cometa un delito generará, automáticamente o por transferencia, responsabilidad penal en la persona jurídica, sino que ello va a depender de los criterios establecidos en las legislaciones.

Al respecto, Nieto Martín señala que en algunos sistemas (Francia o el Reino Unido -salvo en el homicidio de la corporación y en la Bribery Act-) la responsabilidad se produce únicamente cuando el comportamiento del infractor ha sido realizado por un directivo o persona perteneciente al “cerebro” de la corporación (*brain area*); esto es, el modelo anglosajón del alter-ego doctrine, en donde se considera que determinadas personas físicas son el alter-ego de la persona jurídica, de tal manera que, en cierta medida, sus comportamientos son los de aquella. Dichas personas serían las que, de conformidad con un criterio normativo civil, representan de hecho o de derecho a la persona jurídica<sup>[1027]</sup>.

Siguiendo con el modelo anglosajón, tenemos que en los Estados Unidos de América también se sigue un sistema vicarial pero fundamentado en el principio *respondeat*

*superior*<sup>[1028]</sup>, en virtud del cual cualquier empleado que en su actuar represente a la organización, o incluso cualquier persona que obre por cuenta de esta -como puede ser un agente comercial-, y que comete un delito, puede dar lugar a la responsabilidad penal de la persona jurídica. Al analizar este sistema de responsabilidad, William Laufer señala que, en el Derecho Federal, las intenciones de los representantes simplemente se imputan o atribuyen al representado. La legislación estatal varía, pero en la mayoría de éstas se requiere que las actuaciones estuvieran autorizadas, solicitadas, ejecutadas o toleradas por el consejo de administración o por altos directivos<sup>[1029]</sup>.

Si bien en el modelo vicarial de los Estados Unidos de América existe una clara transferencia de responsabilidad, sobre la base del principio *respondeat superior*, ello no impide que un sector de la doctrina americana sostenga que las personas jurídicas son entidades reales en el Derecho y, por tanto, destinatarios de las normas jurídicas penales. Así, Sun Beale sostiene, contra las críticas de que las personas jurídicas son entes ficticios, que estas son actoras enormemente poderosas -y muy reales- cuya conducta causa daños muy significativos tanto a los individuos y a la Sociedad como un todo. En una variedad de contextos la ley reconoce esta realidad, al permitir a las corporaciones ostentar propiedad, hacer contratos, cometer daños y demandar y ser demandado. De hecho, la Corte Suprema ha sostenido que las corporaciones tienen muchos derechos constitucionales bajo la Constitución norteamericana<sup>[1030]</sup>.

El modelo de responsabilidad penal vicarial es objeto de una severa crítica por parte de la doctrina penal, especialmente porque se considera contraria al principio de culpabilidad penal. Así, Feijoo Sánchez señala que los inconvenientes del modelo vicarial, tanto desde el punto de vista de la legitimación jurídica, como de sus consecuencias prácticas, obedecen a una misma debilidad conceptual de partida. Se mantiene en clave estrictamente individualista

(identificación entre individuo y organización) por lo que no se diferenciar adecuadamente entre individuo (infracción o responsabilidad individual) y organización (defecto organizativo o responsabilidad supraindividual). Las consecuencias son, en primer lugar, que el modelo no deja al margen que pueda declararse responsabilidad corporativa sin encontrar un culpable individual. Pero también conduce, en segundo lugar, a una excesiva responsabilidad penal cuando tiene como consecuencia que todo delito individual sin excepción sea definido como un delito corporativo. El modelo vicarial peca tanto por defecto como por exceso<sup>[1031]</sup>.

En la doctrina anglosajona también se cuestiona el sistema de imputación vicarial, postulándose modelos de culpabilidad de empresa. Así, William Laufer señala que la doctrina está tomando en cuenta modelos de culpabilidad proactivos, reactivos, basados en la cultura o en la política corporativa<sup>[1032]</sup>. Incluso en la jurisprudencia norteamericana en alguna ocasión también se cuestionó el modelo de imputación vicarial de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Así, en el caso *United States vs. Bank of New England* [1987] la Corte de Apelación estableció que se presume que el Banco posee un tipo de conocimiento que consiste en el conocimiento colectivo de todos sus empleados. El conocimiento agregado de los empleados constituye el conocimiento empresarial. Ningún Tribunal se ha alejado tanto de la regla del *respondeat superior*<sup>[1033]</sup>.

El segundo modelo es el sistema autorresponsabilidad penal empresarial, en el cual se fundamenta la responsabilidad penal del ente colectivo a través de factores que tienen que ver con la propia corporación. Es decir, fundamenta un injusto y culpabilidad de la persona jurídica. Para los partidarios de este modelo, las personas jurídicas tienen capacidad de acción y culpabilidad, toda vez que, como señala Tiedemann, las empresas, y especialmente las personas jurídicas, pueden ser plenas



destinatarias de normas del Derecho penal, en tanto y en cuanto ellas puedan aportar aquello que es lo jurídicamente debido<sup>[1034]</sup>. A este modelo también se le conoce como responsabilidad por el hecho propio<sup>[1035]</sup>.

Dentro de las tesis que fundamentan un sistema de autorresponsabilidad penal empresarial, tenemos la teoría del hecho de conexión, la tesis del defecto de organización permanente, la tesis del injusto sistémico de la persona jurídica y la teoría constructivista de la responsabilidad penal empresarial.

Para la teoría del hecho de conexión, la acción típica de la persona jurídica consiste en el aumento del riesgo propio de la actividad empresarial, es decir, en la superación del riesgo permitido, materializado a través de la realización de un tipo penal por parte de una persona natural que la representa. En otras palabras, la posibilidad de imponer una sanción a una persona jurídica o a una sociedad presupone la existencia de una acción antijurídica realizada por alguna de las personas físicas incluidas dentro del círculo de personas competentes, es decir, bien un órgano de dirección, de representación o cualquiera de los demás que pudiesen tomar decisiones funcionales determinantes establecidas en los estatutos<sup>[1036]</sup>.

Para esta teoría, la culpabilidad de la persona jurídica estaría marcada por un Defecto de Organización, tesis sostenida inicialmente en la doctrina por Tiedemann<sup>[1037]</sup> y desarrollada, posteriormente, por Bacigalupo Saggese, quien señala que en el marco de la persona jurídica todo delito de sus órganos o representantes surge como un error de la misma, siempre y cuando - como es lógico - no estemos en presencia de un exceso en la representación. Por lo tanto, el hecho individual se considera como hecho de la empresa, en tanto la persona jurídica haya omitido tomar medidas de prevención necesarias para garantizar un desarrollo ordenado y no delictivo de la actividad misma<sup>[1038]</sup>, y estas medidas de prevención consistiría en la adopción de un programa de *compliance*<sup>[1039]</sup>.

Otra posición derivada de la misma teoría es la sostenida por Feijóo Sánchez, quien acepta como correcta la necesidad de un defecto de organización de la persona jurídica, pero critica que por sí solo este criterio resulta insuficiente para legitimar un sistema de culpabilidad y penas de la persona jurídica, concluyendo que la sociedad mercantil no deberá ser castigada cuando no existe un defecto organizativo ni cuando su defecto de organización no deriva de una cultura de cumplimiento de la legalidad defectuosa sino de otras razones<sup>[1040]</sup>.

Para la teoría del defecto de organización permanente o de la culpabilidad por la conducción de la actividad empresarial, postulada por Heine, la responsabilidad penal de la persona jurídica surge cuando se cumplen con dos presupuestos; primero y determinante, la existencia de una defectuosa administración de riesgos por parte de la persona jurídica y, segundo, la realización típicamente empresarial del peligro no controlado. El concepto determinante es el defectuoso *managment* de riesgos empresariales, a partir del cual postula que, en lugar del dominio del hecho del Derecho penal individual, en el Derecho penal empresarial aparece un dominio de la organización. Ahora bien, para Heine estaríamos ante un adecuado *managment* de riesgos cuando la empresa adopta un cuidado empresarial orientado a los estándares del sector de su actividad económica, tomando en cuenta el estado actual de la ciencia y la técnica para la línea de negocio que desarrolla.

Con relación a la culpabilidad de la persona jurídica, Heine postula una culpabilidad por la conducción de la actividad empresarial, donde el criterio de temporalidad es determinante para el desarrollo de esta culpabilidad. Así, señala que la verdadera dificultad consiste en determinar conforme a qué entendimiento heurístico debe determinarse la culpabilidad empresarial de forma análogo-funcional. Una primera solución puede encontrarse reflexionando sobre la dimensión temporal, la

cual parece ser típicamente constitutiva de la responsabilidad empresarial. Una gran cantidad de los casos que deberán ser tratados en el futuro desde una perspectiva jurídica, son el resultado de desarrollos empresariales defectuosos que no pueden reconducirse a decisiones puntuales de personas físicas concretas, sino que se corresponden con un déficit de muchos años en la prevención de los riesgos empresariales<sup>[1041]</sup>.

La tesis del injusto sistémico de la persona jurídica es postulada por Lampe. Para el desarrollo de esta tesis, Lampe reconoce que existen dos sistemas de injusto: sistemas de injusto simples y sistemas de injusto constituidos, y estos se observan en cuatro ámbitos diferentes: unión de personas criminales dirigidas a un fin, agrupación criminalmente constituida, empresa económica con tendencia criminal y institución estatal criminalmente pervertida. Asimismo, realiza una distinción entre los sistemas de injusto -que son sistemas sociales- y el injusto del sistema, agregando que los sistemas de injusto jurídico-penales son las relaciones entre individuos organizados hacia fines injustos<sup>[1042]</sup>. En materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas, Lampe señala que la empresa económica con tendencia criminal es un injusto constituido, que se basa en elementos de pertenencia que son independientes de la persona de sus miembros y que, por lo tanto, solo exigen un conocimiento reducido<sup>[1043]</sup>.

Según Lampe son injustos del sistema, por lo tanto, aquellas formas de comportamiento que lesionan bienes jurídicos y que, o concuerda con la filosofía de la empresa, o son favorecidas por su organización. Son hechos que exceden y no sistemas de injustos aquellas formas de comportamiento punibles que solo benefician a la empresa, o para las que la empresa constituye un estímulo externo<sup>[1044]</sup>.

Por último, también tenemos la tesis del modelo constructivista de autorresponsabilidad penal empresarial postulada por Gómez-Jara Díez. Los fundamentos

epistemológicos de esta tesis es el constructivismo operativo, que es una corriente epistemológica de los sistemas sociales autopoiéticos. Así, la capacidad de reproducción autopoiética de las personas jurídicas se da sobre la base de decisiones, mientras que en el ordenamiento jurídico, que es un sistema social funcional, la reproducción autopoiética se da sobre la base de comunicaciones. Asimismo, esta tesis plantea que habrá personas jurídicas imputables e inimputables, según hayan alcanzado un determinado nivel de complejidad interna.

En este esquema dogmático se reduce en que la imputación objetiva consiste en la existencia de una organización empresarial defectuosa, la imputación objetiva consistirá en el conocimiento organizativo del riesgo empresarial, mientras que la imputación personal o culpabilidad consiste en la existencia de una cultura empresarial de incumplimiento del Derecho. Gómez-Jara Diez señala que este modelo parte de la necesidad de construir un concepto de culpabilidad jurídico penal empresarial, debido a que se considera que en un genuino Derecho penal empresarial la culpabilidad se constituye en fundamento y límite de la imposición de un determinado tipo de sanciones penales -las penas- a la empresa y éstas son las únicas que contribuyen al completo restablecimiento comunicativo de la vigencia del ordenamiento jurídico<sup>[1045]</sup>; en consecuencia, en otros ordenamientos jurídicos, como el administrativo, civil, etc., no habría necesidad de desarrollar ni fundamentar un concepto de culpabilidad de empresa.

Para el sistema de imputación basado en la culpabilidad empresarial, el delito de la persona física es el presupuesto, no el fundamento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas<sup>[1046]</sup>. En el mismo sentido se ha pronunciado la jurisprudencia del Tribunal Supremo Español en el Pleno Jurisdiccional del 29.02.2016, donde sostuvo que *“En ambos motivos el Recurso incurre en una clara confusión acerca de la tipicidad de la intervención de*

*la persona jurídica recurrente, que no estriba exclusivamente en la comisión del delito contra la salud pública atribuida a sus administradores, de hecho y de derecho, infracción que opera como requisito precedente necesario para el ulterior pronunciamiento acerca de la responsabilidad penal propia de la entidad medida en términos de incumplimiento de su obligación de poner los medios para la evitación de delitos en su seno (...) Una vez más procede la desestimación ya que también en este caso el Recurso incurre en el error, expuesto en su momento, de los restantes formalizados por las personas jurídicas condenadas, al confundir las conductas típicas de las personas físicas con el fundamento de la responsabilidad penal de la persona jurídica”<sup>[1047]</sup>.*

En relación al análisis dogmático del Derecho comparado, haremos alusión únicamente a cuatro legislaciones que reconocen la responsabilidad “penal”<sup>[1048]</sup> y “administrativa”<sup>[1049]</sup> de las personas jurídicas por los delitos cometidos por sus directivos, representantes y subordinados.

En Italia el legislador introdujo la responsabilidad “administrativa” de las personas jurídicas con el Decreto Legislativo Nro. 231 del año 2001<sup>[1050]</sup>. Los criterios de imputación de la responsabilidad “administrativa” a las personas jurídicas se encuentran regulados en el artículo 5°<sup>[1051]</sup>. En el caso de la República del Perú, con la Ley Nro. 30424 se introdujo, al igual que en Italia, la responsabilidad “administrativa” -aunque realmente es de naturaleza penal- de las personas jurídicas, aunque delimitada a los delitos de colusión, cohecho activo genérico, cohecho activo transnacional, cohecho activo específico, tráfico de influencias, lavado de activos [arts. 1°, 2°, 3° y 4° del Decreto Legislativo Nro. 1106] y financiamiento del terrorismo. Los criterios de imputación de responsabilidad penal se encuentran regulados en el artículo 3°<sup>[1052]</sup>, bajo criterios similares a los establecidos en la legislación italiana.

En el caso de España, desde la Ley Orgánica 5/2010 se reconoce la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Ahora bien, dicho sistema de responsabilidad penal fue modificado por el Ley Orgánica 1/2015<sup>[1053]</sup>. Los criterios de imputación se encuentran regulados en el artículo 31° bis numeral 1) del Código penal español, en términos similares a la legislación italiana y peruana.

En el caso de Chile desde el año 2009, con la Ley Nro. 20393, se introdujo la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Los criterios de imputación se encuentran regulados en el artículo 3°<sup>[1054]</sup> de la referida Ley, siendo que estos criterios hacen alusión a la responsabilidad penal directa de la persona jurídica, es decir, se trata sistema de responsabilidad fundamentado en la noción de culpabilidad de la empresa<sup>[1055]</sup>.

Salvo el caso de la legislación Chilena, si realizamos una lectura aislada de las legislaciones italiana, peruana y española, nos llevaría *prima facie* a sostener, equivocadamente, que en dichas legislaciones se sigue un sistema vicarial de atribución de la responsabilidad administrativa a las personas jurídicas<sup>[1056]</sup>. Sin embargo, una lectura sistemática de dichas legislaciones nos lleva a la conclusión correcta. Por ejemplo, una lectura en clave garantista y de reafirmación del principio de culpabilidad penal de los artículos 3° y 6° [donde se regula la posición de los “apicales” y el modelo de Compliance] del Decreto Legislativo italiano Nro. 231; de los artículos 3° y 17° numerales 1) y 4) de la Ley peruana Nro. 30424 y del artículo 31° bis numeral 2) del Código penal español, nos permite sostener válidamente que en dichos sistemas legales se reconoce la responsabilidad penal/administrativa de las personas jurídicas fundamentada en el principio de culpabilidad de la empresa, donde el ilícito de la persona natural no constituye el fundamento de la imputación, sino únicamente el presupuesto de la misma, siendo que a la persona jurídica se le imputa su propio delito, lo que en doctrina se ha denominado “delito corporativo”.

En la doctrina penal, Feijoo Sánchez propone el concepto de delito corporativo. Así, señala que la pena no se impone a un colectivo [no es una pena colectiva], sino a una entidad con cierta identidad propia y la multa afecta al patrimonio de esta, sin que nunca se pueda trasladar al colectivo. Cuando hablamos de un delito corporativo ha de haber algo más que una acción conjunta o colectiva<sup>[1057]</sup>. Existen razones organizativo-estructurales que, junto a la infracción individual, explican el hecho delictivo. Esto es lo que en esencia ha de entenderse por delito corporativo, como hecho que genera una responsabilidad penal adicional en la medida en la que no solo tiene una explicación adicional vinculada al trabajador o administrador concreto que ha delinquido. A la pregunta de qué tipo de defecto estructural es el que genera responsabilidad, hay que responder que se trata de condiciones estructurales que permiten asegurar el cumplimiento de la legalidad por parte de la organización. Lo relevante a efectos jurídico-penales es que se llegue a una situación incompatible con el desarrollo de una política o cultura corporativa de cumplimiento de la legalidad penal y que tal situación se concrete o realice en la comisión de un hecho delictivo por parte de un integrante de la empresa<sup>[1058]</sup>.

El concepto de delito corporativo fue asumido por la jurisprudencia del Tribunal Supremo Español en la Sentencia del 16.03.2016, en donde sostuvo que *“la responsabilidad de la persona jurídica ha de hacerse descansar en un delito corporativo construido a partir de la comisión de un previo delito por la persona física, pero que exige algo más, la proclamación de un hecho propio con arreglo a criterios de imputación diferenciados y adaptados a la especificidad de la persona colectiva. De lo que se trata, en fin, es de aceptar que solo a partir de una indagación por el Juez instructor de la efectiva operatividad de los elementos estructurales y organizativos asociados a*

*los modelos de prevención, podrá construirse un sistema respetuoso con el principio de culpabilidad”<sup>[1059]</sup>.*

#### **IV. Ubicación del *Compliance* en la atribución de responsabilidad penal de las personas jurídicas.**

El *Compliance* penal cumple una función en la imputación de responsabilidad penal o administrativa de las personas jurídicas, es decir, que tiene sentido para efectos de la atribución de responsabilidad jurídica. Esta afirmación conlleva, implícitamente, la aceptación de una relación entre *Compliance* penal y responsabilidad de las personas jurídicas<sup>[1060]</sup>. Esto conlleva a la pregunta de cuál es la función del *Compliance* penal en materia de responsabilidad penal/administrativa de las personas jurídicas.

Al respecto, Nieto Martín sostiene que esto depende del modelo de responsabilidad que se siga. En el sistema vicarial o de heterorresponsabilidad no es que los programas de cumplimiento carezcan de sentido; lo tienen: su función es evitar que se realicen delitos en el seno de la persona jurídica que pueden dar lugar a responsabilidad penal. Lo que ocurre es que una vez que el delito aparece carece de relevancia para la defensa penal de la entidad. Las cosas son distintas en el modelo de responsabilidad propia o de culpabilidad de empresa. Aquí tener una buena organización preventiva es la clave para decidir el sí y el cuándo de la responsabilidad de la persona jurídica<sup>[1061]</sup>. De hecho, como bien señala en la doctrina Coca Vila, la decisión legislativa de eximir de responsabilidad penal a la persona jurídica que ha adoptado y ejecutado eficazmente un modelo de prevención de delitos es acertada<sup>[1062]</sup>.

En efecto y con relación al sistema vicarial, como sucede en el caso del derecho penal de los Estados Unidos de América, observamos que la adopción e implementación de



un sistema de gestión de *compliance* conlleva a la atenuación de responsabilidad penal, aunque no es menos cierto que hay casos en los que –a nivel de acuerdos con el Ministerio Público– se ha llegado a abstención de formulación de cargos penales. Como señala Selvaggi, la legislación norteamericana es clara en que la adopción tanto como la efectiva implementación de medidas de prevención de la criminalidad, aunque alentada, no debería, como regla, llevar a la exención de responsabilidad penal<sup>[1063]</sup>. Sin embargo, Ortiz de Urbina y Chiesa sostienen que desde 1991 (con renovado énfasis retórico a partir de 2004) el cumplimiento normativo se ha considerado relevante para determinar la medida de la responsabilidad de los entes colectivos y para la conclusión de acuerdos de no persecución, durante más de 20 años se operó sin ninguna guía en la materia, e incluso la que existe hoy es de limitada utilidad<sup>[1064]</sup>.

En este orden de ideas, podemos afirmar que el valor que una legislación otorgue al Compliance penal, es decir, si atenúa o exime de responsabilidad penal/administrativa a la persona jurídica, nos permite obtener mayores elementos para interpretar la legislación y de esta manera poder identificar cuál es el sistema de imputación de responsabilidad acogido por dicha legislación.

El valor que las legislaciones italiana, peruana y española otorgaran al Compliance penal es determinante para saber cuál es el sistema de imputación de responsabilidad penal/administrativa regulado. Si en dichas legislaciones le otorgan al Compliance penal un valor de atenuante de la responsabilidad, podríamos afirmar *prima facie* que se acoge un sistema de imputación vicarial. Sin embargo, el principal valor otorgado al Compliance penal en dichas legislaciones es que sirven para eximir de responsabilidad penal/administrativa a las personas jurídicas, aunque también se establece que pueden servir de atenuantes cuando son adoptados parcialmente o *ex post* a la comisión del delito.

En efecto, en dichas legislaciones se establecen que la persona jurídica quedará exenta de responsabilidad penal/administrativa si *ex ante* a la comisión del delito se implementó en la persona jurídica un Compliance penal. No está demás señalar que este Compliance penal debe ser adecuado a la naturaleza del delito cometido, de modo que permita prevenirlo o reducir significativamente el riesgo de su comisión.

Así, el Compliance penal juega un rol fundamental en la atribución de responsabilidad penal/administrativa de las personas jurídicas, siendo que el valor en dichas legislaciones se le otorga, permiten sostener que recogen un sistema de imputación de “culpabilidad de empresa”<sup>[1065]</sup>.

En el mismo orden de ideas, en la doctrina penal hay autores como Gómez Tomillo<sup>[1066]</sup>, Seminara<sup>[1067]</sup>, Foffani<sup>[1068]</sup> y Gómez-Jara Diez<sup>[1069]</sup> que ubican al Compliance penal dentro de la estructura de la culpabilidad de las personas jurídicas, en donde la adopción de un Compliance eficaz y correctamente implementado excluye la culpabilidad<sup>[1070]</sup>.

## **V. Imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas en las operaciones de M&A en el Perú.**

Aproximaciones básicas a las operaciones de *M&A* y a los procedimientos de *Due Diligence* en la legislación peruana.

En la Ley General de Sociedades del Perú, Ley N° 26887, se regulan las operaciones de Fusiones y Adquisiciones (*Merger and Acquisition - M&A*), en la Sección correspondiente a la Reorganización de Sociedades, entre los artículos 333° a 395° de la Ley. Para efectos de la presente investigación, nos interesan aquellos supuestos de operaciones empresariales en los que resultará un cambio

en la personalidad jurídica, por lo que dejaremos de lado el análisis de las operaciones de Transformación ya que, como bien advirtió Elías Laroza, la transformación se realiza sin que se produzca cambio alguno en la personalidad jurídica del ente transformado<sup>[1071]</sup>.

La fusión de empresas es una operación de concentración empresarial y se da cuando dos o más sociedades se reúnen para formar una sola, pudiendo adoptar dos formas. La primera, que es la fusión por creación de una nueva sociedad, se da cuando la fusión se realiza para constituir una nueva “sociedad incorporante”, lo cual genera la extinción de la personalidad jurídica de las sociedades incorporadas y la transmisión en bloque y a título universal de los patrimonios a la nueva sociedad. La segunda, que es la fusión por absorción, se da cuando se realiza la absorción de una o más sociedades por otra “sociedad existente”, lo cual genera la extinción de la personalidad jurídica de las sociedades absorbidas y, al cual que el supuesto anterior, se traslada en bloque y a título universal los patrimonios a la sociedad absorbente.

Para determinar el valor del patrimonio de una sociedad, puede emplearse alguna de las siguientes metodologías, como son el valor en libros, valor de reemplazo, valor de capitalización bursátil, compañías comparables, transacciones comparables, flujo de caja desconcentrado y a otros factores relevantes<sup>[1072]</sup>.

En la doctrina Alonso Soto señala que tres notas resultan esenciales para caracterizar las operaciones de fusión: la integración de patrimonios, los socios y las relaciones jurídicas de las sociedades que intervienen en el proceso, de modo que puede decirse que al finalizar el proceso se produce una integración de personas jurídicas<sup>[1073]</sup>, siendo especialmente relevante la integración o agrupación de socios y de las relaciones jurídicas, ya que nuestra Ley General de Sociedades no permite el *squeeze-out* ni el *cash out merger*.

Estos elementos esenciales de la fusión permiten distinguir estas operaciones de concentración empresarial de otras similares que, según la Ley, no llegan a calificar como operaciones de fusión y que en la doctrina se denominan fusiones impropias, como son la formación de una  *Holding*  que adquieran el control de una o más sociedades existentes, la tenencia de acciones o participaciones por un grupo de socios que les dé control sobre determinadas sociedades, la creación de una sociedad-gerente común a un grupo de sociedades que controle la dirección y administración de estas, entre otras<sup>[1074]</sup>.

Asimismo, estos elementos esenciales permiten distinguir las operaciones de Fusión de las operaciones de Adquisición ( *acquisition* ), que como bien señala Alonso Soto no es Fusión la operación por la cual una sociedad toma el control de otra mediante la adquisición de la totalidad de sus acciones o participaciones y lo mismo sucederá cuando la adquisición de todas las acciones o participaciones vaya seguida de la disolución de la sociedad participada o se produzca la cesión en bloque del patrimonio de una sociedad a otra porque, en principio, no habrá en estos casos una integración de las personas jurídicas<sup>[1075]</sup>.

Por otro lado, la escisión es otra forma de reorganización empresarial reconocida en la Ley, la cual se produce cuando una sociedad fracciona su patrimonio en dos o más bloques para transferirlos íntegramente a otras sociedades o para conservar uno de ellos, recibiendo los socios o accionistas de las sociedades escindidas las acciones o participaciones de las nuevas sociedades o de las absorbentes.

De acuerdo con nuestra legislación, la escisión puede adoptar cualquiera de las siguientes formas. Primero, cuando la escisión se realiza a través de la división de la totalidad del patrimonio de una sociedad en dos o más bloques, que son transferidos a nuevas sociedades o absorbidos por sociedades existentes, o ambas cosas a la

vez, y que producen la extinción de la sociedad escindida. Segundo, cuando la escisión se realiza a través de la segregación de uno o más bloques patrimoniales de una sociedad que los transfiere a una o más sociedades nuevas, o son absorbidos por sociedades existentes, o ambas cosas a la vez, pero en este supuesto la sociedad escindida no se extingue, sino que procede a realizar un reajuste de su capital social.

En materia de *M&A* es una práctica habitual la utilización de *Due Diligence* de manera previa a la adopción de una decisión de fusión, adquisición o escisión, e incluso en las decisiones de inversión realizadas a través los fondos de inversión, en los que, como señala Rebaza Torres, sea a través de aportes de capital o de compra de acciones, lo que un fondo de inversión persigue es un grado de control en la empresa en la cual se invierte que le permita, en la medida de lo posible, cautelar su buena conducción<sup>[1076]</sup>.

El *Due Diligence* es definido por la doctrina como la investigación que realiza el equipo de la empresa compradora sobre la empresa objetivo para determinar el valor, los riesgos y todas las variables que puedan afectar en el futuro a la empresa a comprar. En un sentido más estricto, *Due Diligence* debe analizar los riesgos de la empresa que se desea adquirir<sup>[1077]</sup>.

Con este procedimiento de diligencia debida se obtendrán datos relevantes de los que se carecían al inicio de las negociaciones de *M&A*, para la determinación del valor real del *Target* (cuando estamos ante una operación de adquisición) o de las sociedades que podrían participar en una fusión o escisión -independientemente que se puedan utilizar cualquiera de las metodologías para determinar el valor del patrimonio de una sociedad indicadas *supra-* y, quizás el aspecto más importante, para advertir los riesgos legales -que pueden ser penales, como veremos *infra-*, reputaciones y operativos que pueden derivar de la operación de *M&A*.

## **VI. ¿Cómo opera la transferencia de responsabilidad penal en las operaciones de *M&A*?**

Tanto las legislaciones peruana, italiana, española y chilena regulan las cláusulas de transferencia de responsabilidad o cláusulas anti-elusión como se las conocen en la doctrina<sup>[1078]</sup>, con algunas acertadas diferencias solo en el caso de la legislación italiana. Desde nuestro punto de vista, estas cláusulas son peligrosas por cuanto lo que se busca transferir es una responsabilidad penal en el marco de operaciones de *M&A*, lo cual no solo resulta desalentador para el fomento de las inversiones y la continuidad de la actividad económica, sino que también puede resultar injusto en caso se realicen transferencias de responsabilidad penal hacia personas jurídicas que no participaron del delito o que no comparten los mismos socios.

En el caso de la legislación peruana, el art. 2° de la Ley N° 30424 regula en forma genérica “la transferencia de responsabilidad al señalar que el cambio de nombre, denominación o razón social, reorganización societaria, transformación, escisión, fusión, disolución, liquidación o cualquier acto que pueda afectar la personalidad jurídica de la entidad no impiden la atribución de responsabilidad a la misma”. Esta es una regulación genérica pues se señala que se atribuirá responsabilidad penal “a la misma” persona jurídica que cometió el delito, con lo cual pareciera que no habría una transferencia de responsabilidad. Sin embargo, con posterioridad la misma disposición legal agrega que “ en el caso de una fusión o escisión, la persona jurídica absorbente: (i) solo puede ser sancionada con el pago de una multa y en función al patrimonio transferido, siempre que el delito haya sido cometido antes de la fusión

o escisión, salvo que las personas jurídicas involucradas hayan utilizado estas formas de reorganización societaria con el propósito de eludir una eventual responsabilidad administrativa de la persona jurídica fusionada o escindida, en cuyo caso no opera este supuesto”; con lo cual queda claro que en la práctica se está realizando una transferencia de responsabilidad penal.

En el caso de la legislación española sí se regula expresamente una cláusula de transferencia de responsabilidad penal, pues el art. 130° numeral 2) señala que “la transformación, fusión, absorción o escisión de una persona jurídica no extingue su responsabilidad penal, que se trasladará a la entidad o entidades en que se transforme, quede fusionada o absorbida y se extenderá a la entidad o entidades que resulten de la escisión”. Esta regulación es similar al art. 18° de la Ley Chilena N° 20393, la cual regula que “en el caso de transformación, fusión, absorción, división o disolución de común acuerdo o voluntaria de la persona jurídica responsable de uno o más de los delitos, su responsabilidad derivada de los delitos cometidos con anterioridad a la ocurrencia de alguno de dichos actos se transmitirá a la o las personas jurídicas resultantes”.

Por último, la legislación italiana regula estos aspectos con mayor claridad y con cierto grado de certeza, desde el art. 28° al 33° del Dec. Leg. 231/2001. Así, con relación a la transformación de la persona jurídica, al no producirse cambio en la personalidad jurídica, se señala que su responsabilidad no se ve afectada. Con relación a las operaciones de Fusión, se regula que la persona jurídica resultante será responsable de los delitos que cometieron las personas jurídicas que participaron en la fusión. En los casos de escisión, la responsabilidad de la entidad escindida también será trasladada. Por último, se regulan los supuestos de transferencia de la empresa en cuya actividad se cometió el delito, en donde se regula tan solo

una obligación solidaria al pago de la multa, pero con un criterio acertado no se traslada la responsabilidad penal.

## **VII. Finalidad político criminal de la transferencia de responsabilidad.**

Es razonable que el Estado busque combatir la criminalidad de empresa a través de la instauración de un régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas, en el que se persiga sancionar al autor del delito que, a diferencia de las personas naturales, el propio ordenamiento jurídico le permite utilizar herramientas para reorganizarse y cambiar de personalidad jurídica; es decir, para transformarse en otro ciudadano corporativo.

Consideramos que, precisamente, esta es la finalidad político criminal que buscan las cláusulas de transferencia de responsabilidad, es decir, evitar que la persona jurídica responsable de un delito “desaparezca” -en términos ontológicos- o que se reorganice y pierda su personalidad jurídica, lo que generaría situaciones de impunidad. Similar opinión sostuvo la Fiscalía General del Estado, en la Circular 1/2011 del 1 de junio de 2011, donde se estableció que *“en lo que respecta a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, se da mayor importancia al sustrato organizativo de la propia entidad que a consideraciones meramente formales, lo que resulta lógico, teniendo en cuenta el dinamismo consustancial a las figuras corporativas. El precepto trata de evitar la elusión de la responsabilidad penal por medio de operaciones de transformación, fusión, absorción o escisión”*<sup>[1079]</sup>.

Es plausible esta finalidad político criminal y, en el campo práctico, no generaría mayores inconvenientes si estuviéramos solo frente a supuestos de transformación de personas jurídicas, en las cuales no pierden su personalidad jurídica y, por ende, lo que la administración



de justicia penal buscaría es perseguirlas y hacerlas responder por su propia culpabilidad. En otras palabras, en los casos de transformación de personas jurídicas, donde no se pierde la personalidad jurídica, se castiga a la empresa en virtud de su propia culpabilidad sobre el delito cometido.

Sin embargo, esta finalidad político criminal no puede ser legítima ante supuestos de fusiones y adquisiciones, en donde las sociedades resultantes u absorbentes no tienen participación alguna en los delitos cometidos, así como tampoco es legítima en aquellos supuestos en los que personas jurídicas que se fusionan con la persona jurídica que cometió el delito, verán que la entidad resultante será declarada culpable por un delito que ellas mismas - personas jurídicas- no cometieron. La ausencia de legitimidad se desprende del hecho mismo que esta cláusula es contraria a los principios constitucionales de culpabilidad y personalidad de las penas.

## **VIII. ¿Traslado automática de la responsabilidad penal: signos de un sistema vicarial?**

Si analizamos las citadas cláusulas de traslado de la responsabilidad penal, podemos observar que no se hacen mayores referencias a criterios de imputación y/o de culpabilidad de la persona jurídica resultante u absorbente, según sea el caso de una operación de fusión o escisión.

Por ello, en la doctrina penal se discute si aquí opera un traslado objetivo de responsabilidad penal. Sobre este punto, Montiel señala que la responsabilidad sucesoria es de carácter objetivo, lo que significa que una eventual responsabilidad por delitos de corrupción previos se trasladará forzosamente a la persona jurídica resultante<sup>[1080]</sup>.

En otras palabras, si en una operación de *M&A* una de las personas jurídicas intervinientes incurrió -previamente- en la comisión de un delito que genere su responsabilidad penal, este estigma del Derecho penal o la declaratoria de culpabilidad será transferida a las sociedades resultantes u absorbentes, siendo innecesario verificar si en éstas últimas se cumplen con los presupuestos de imputación de los artículos 3° de la Ley 30424, 5° del Decreto Legislativo Italiano 231/2001, 31° Bis del Código Penal Español o 3° de la Ley Chilena N° 20393. Es decir, las personas jurídicas resultantes u absorbentes responderán penalmente y serán declaradas culpables, en virtud de esta transferencia automática de responsabilidad, aun a pesar de no haber participado en el delito cometido.

## **IX. *Due Diligence* de *Compliance* Penal para evitar la transferencia automática de responsabilidad penal de las personas jurídicas en operaciones de *M&A*.**

En la doctrina penal se postula que una forma de evitar la transferencia de responsabilidad en operaciones de *M&A* es la realización de un *Due Diligence* de *Compliance* Penal previo a la operación de concentración empresarial. Así, Martiñón Cena señala que debe exigirse como norma de conducta primaria, aquella que va a la persona jurídica: verificar tanto el patrimonio, como la compañía con la que se pacta y si no lo hace, o lo hace deficientemente, se le puede exigir responsabilidad penal<sup>[1081]</sup>. Por su parte, Ortiz de Urbina y Cigüela proponen que el efecto potencialmente expansivo de esta interpretación puede evitarse introduciendo un apartado de análisis de riesgos penales en los procedimientos de *due diligence* que de forma usual se llevan a cabo en los procesos de absorción y fusión<sup>[1082]</sup>.

Sin embargo, este criterio propuesto por la doctrina no es un presupuesto de las legislaciones italiana, española y chilena, pero sí lo es en la legislación peruana. En el caso de la legislación peruana, el artículo 2° de la Ley N° 30424 establece que ante supuestos de fusión o escisión, la persona jurídica no incurre en responsabilidad administrativa cuando ha realizado un adecuado proceso de debida diligencia, previo al proceso de fusión o escisión. Se entiende que se cumple con la debida diligencia cuando se verifique la adopción de acciones razonables orientadas a verificar que la persona jurídica fusionada o escindida no ha incurrido en la comisión de cualquiera de los delitos que generan su responsabilidad penal.

Entonces, surge la interrogante de qué significa la realización de un *Due Diligence* de *Compliance* Penal. Consideramos que la interpretación correcta de este proceso debe implicar las siguientes etapas.

En primer lugar, la verificación razonable sobre los delitos que puede haber cometido o en los que puede haber participado la persona jurídica con la que se va a realizar la fusión, o la persona jurídica que va a desprenderse de parte de su patrimonio en caso estemos ante una escisión, o la persona jurídica que venderá sus acciones o activos en caso estemos ante una adquisición, siempre y cuando este delito sea parte del catálogo de delitos que generan responsabilidad penal de las personas jurídicas. Para verificar la comisión o participación de este delito no es necesario la existencia de una sentencia condenatoria firme, pues basta el inicio de una investigación a nivel del Ministerio Público para que la persona jurídica a fusionarse o la absorbente puedan identificar esta operación con una *red flag*.

En segundo lugar, la verificación de si esta persona jurídica tiene un sistema de gestión de *Compliance* Penal implementado, de acuerdo con los requisitos mínimos del artículo 17° de la Ley N° 30424. En tercer lugar, la verificación razonable respecto al funcionamiento de este

sistema de gestión de *Compliance* Penal, lo que no implica que de haber funcionado correctamente el delito se pudo evitar. Es decir, es razonable inferir que el sistema de gestión de *Compliance* Penal funciona y aún así el delito se cometió. En cuarto lugar, verificar razonablemente si el delito fue cometido en beneficio de la persona jurídica a absolver, cuyo patrimonio se escindirá o que venderá sus acciones o activos. En último lugar, la verificación razonable respecto a si el delito fue cometido eludiendo fraudulentamente el sistema de gestión de *Compliance* Penal.

Como se puede apreciar, estos requisitos que postulamos son los mismos presupuestos de la imputación de una responsabilidad penal a una persona jurídica, con lo cual queremos darle coherencia al sistema de *Due Diligence* de *Compliance* Penal.

## **X. Críticas contra la cláusula de transferencia de responsabilidad penal de las personas jurídicas.**

Las críticas a este sistema de transferencia automática de responsabilidad penal son varias y las más relevantes son de orden constitucional, por lo que consideramos que esta cláusula es inconstitucional.

Se critica esta cláusula atenta contra el principio constitucional de culpabilidad penal. No debemos olvidar que, si estamos ante un sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas, éstas deben responder por su propia culpabilidad, pues en un genuino derecho penal empresarial es la culpabilidad el fundamento y el límite de las sanciones penales a imponerse contra las personas jurídicas.

Por otro lado, esta cláusula también atenta contra el principio constitucional de personalidad de las penas. Así, Montiel señala que la propia transferencia de

responsabilidad pareciera romper con el principio de personalidad de las penas<sup>[1083]</sup>.

Conforme expusimos *supra*, tanto la doctrina como la jurisprudencia se han esforzado por fundamentar modelos teóricos que justifiquen la imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas, de acuerdo con la interpretación de las respectivas legislaciones. Sin embargo, en estas cláusulas de traslado automático de responsabilidad penal vemos que tales esfuerzos teóricos resultan inútiles, pues son las propias legislaciones las que establecen supuestos en los que no se debe realizar ninguna imputación concreta contra la persona jurídica resultante u absorbente, sino que la responsabilidad penal de la persona jurídica que participa en la operación de *M&A* será automáticamente transferida a éstas.

Como resultará evidente, este traslado automático de responsabilidad penal conlleva a plantearse si es que en estas legislaciones se recoge o no un sistema vicarial de imputación de responsabilidad, pues de ser así no existiría mayores inconvenientes en sostener la legitimidad de este traslado automático de responsabilidad.

Somos de la opinión que estas cláusulas de traslado de responsabilidad son una clara muestra de errores en la técnica legislativa pues generan una severa contradicción en la misma legislación, que por un lado reconoce específicamente criterios de imputación de responsabilidad penal contra las personas jurídicas, por otro lado denomina que esta responsabilidad es “penal” y, sin embargo, en el mismo cuerpo normativo regula una responsabilidad objetiva o por traslado que no toma en consideración los criterios de imputación de responsabilidad contra las personas jurídicas.

Quizás si la responsabilidad de las personas jurídicas fuera de carácter administrativo - aunque la Ley N° 30424 la denomina así- no existirían inconvenientes en postular el traslado de la responsabilidad penal, pues como bien sostiene Zabala López - Gómez, la cuestión relativa al

traslado de la responsabilidad a la sociedad resultante en operaciones de fusiones, adquisiciones o escisiones no resulta extraña, ni para el ordenamiento jurídico español, ni para los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno. Tanto en materia de Derecho administrativo, como en materia fiscal, así como en materia laboral, mercantil y civil, las responsabilidades se trasladan a las entidades resultantes<sup>[1084]</sup>.

## **XI. Conclusiones**

La responsabilidad penal de las personas jurídicas es de reciente dada en el Perú, no advirtiéndose pronunciamientos judiciales que desarrollen este instituto jurídico. Sin embargo, podemos recurrir a la doctrina y jurisprudencia comparada de aquellos países en los que sus legislaciones sirvieron de fuente para la Ley N° 30424.

Tanto la doctrina como la jurisprudencia comparadas apuntan que, en estos países se regula, en la práctica, una responsabilidad penal de las personas jurídicas, en virtud de la cual la imputación de responsabilidad tiene que ver con factores de la propia organización, y se da una especial relevancia al Compliance Penal como eximente o atenuante de la responsabilidad penal, según se haya implementado ex ante o ex post a la comisión del delito.

Hemos observado que la doctrina penal, así como la jurisprudencia en menor medida, se han encargado de fundamentar teóricamente cómo es que responderían penalmente las personas jurídicas y bajo qué criterios de imputación, así como cuál es el sistema de imputación de responsabilidad recogido en la concreta legislación penal estudiada.

Sin embargo, con relación al instituto de la cláusula de transferencia de responsabilidad la doctrina ha realizado muy pocos estudios y no encontramos pronunciamiento

judicial alguno que nos brinde mayores alcances sobre cómo opera esta institución jurídica.

Esta cláusula de transferencia de responsabilidad penal de las personas jurídicas en materia de *M&A* opera automáticamente, es decir, no se requiere la constatación de ningún criterio de imputación contra la sociedad resultante u absorbente. Esto es peligroso pues atenta contra los serios esfuerzos de la doctrina penal y jurisprudencia por desarrollar modelos teóricos que fundamenten la imputación de responsabilidad penal, así como también hemos podido observar que esta cláusula introducida en las legislaciones italiana, española, chilena y peruana resulta contradictoria con estas legislaciones.

También se ha verificado la relevancia del *Due Diligence* de *Compliance* Penal en las operaciones de *M&A*, como presupuesto para liberarse de las cláusulas de transferencia de responsabilidad de las personas las personas jurídicas, lo que está expresamente regulado en la legislación peruana. Sin embargo, hemos advertido que aunque la doctrina propone este mecanismo para liberar la transferencia de responsabilidad, las legislaciones italiana, española y chilena no lo regulan expresamente.

Por último, hemos elaborado unas críticas contra la cláusula de transferencia de responsabilidad penal de las personas jurídicas, advirtiéndose su inconstitucionalidad por vulneración de los principios penales de culpabilidad y de personalidad de las penas, los cuales deben orientar un correcto o genuino derecho penal empresarial.

# **EL DELITO DE RECEPCIÓN INTERMEDIA PREVISTO EN EL ART. 303 INC. 3 Y SU VINCULACIÓN CON EL CONTRABANDO DE DIVISAS Y DE SUSTANCIAS ESTUPEFACIENTES. REFLEXIONES EN TORNO A UN CASO**

Milagros Stoddart\*

Por el art. 303 inc. 1 del Código Penal se establece que: “será reprimido con prisión de tres a diez años y multa de dos a diez veces el 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 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...”.

A su vez, por el art. 303, inc. 3 del Código Penal de la Nación se establece que: “El que recibiere dinero u otros bienes provenientes de un ilícito penal, con el fin de hacerlos aplicar a una operación de las previstas en el inc. 1º, que les dé apariencia posible de un origen lícito, será reprimido con la pena de prisión de seis meses a tres años...”.



De la lectura de la última disposición legal se observa que, a fin de dar cumplimiento con lo que prescriben las normas internacionales en la materia, nuestro legislador utilizó en esta figura llamada de receptación intermedia el término “recibir” vinculado a la adquisición de los bienes y/o dinero. En este caso, el término “recibir”, podríamos decir que resulta presupuesto de la posesión y uso.

Como requisito para su configuración por esta norma se exige que el autor hubiere recibido aquellos bienes con el fin de aplicarlos en una operación que les dé apariencia de origen lícito, es decir un elemento subjetivo determinado.

Para que se configure la conducta típica de este tipo penal se exige la existencia de un hecho ilícito precedente y que se realice en el caso concreto, el verbo típico enunciado en la norma de referencia -“recibir”-, no es necesario que se satisfaga la finalidad que establece la disposición citada para que el tipo penal quede consumado. Basta con que el sujeto activo reciba dinero u otros bienes provenientes de un ilícito penal. Al respecto Córdoba señala: “...la adquisición se concreta usualmente en la recepción y que, quien usa, tiene, y quien, tiene previamente ha recibido aquello que tiene y usa, de modo que la acción de recibir abarca suficientemente todas las constelaciones posibles, máxime cuando en las propias normas convencionales “la adquisición, la tenencia y el uso” son resumidos en la “recepción”, cuando se dice que autor debe haber actuado “a sabiendas, en el momento de su recepción, de que [los bienes] son producto del delito”<sup>[1085]</sup>.

Respecto del ilícito precedente no se requiere que el hecho anterior del cual provienen aquéllos, haya sido un hecho culpable y punible, sino que basta que sea un hecho ilícito.

No resulta necesaria la existencia de una sentencia condenatoria firme referida al hecho previo. Al respecto, cabe destacar que la expresión “ilícito penal”, introducida por la ley N° 26.683, reemplazó la utilizada por la ley N°

25.246, su antecesora, que se refería a “delito” o “bienes de origen delictivo” para hacer alusión a la actividad delictiva precedente y dicha modificación resultó positiva ya que permitió concluir la discusión entorno a si resultaba necesaria o no una condena firme con relación al ilícito precedente.

Sobre el origen ilícito de los bienes a los que esta figura de receptación intermedia se refiere, resulta relevante tener en consideración lo expuesto por la Sala I de la Cámara Federal de Casación Penal en cuanto a que: “...en la probatura del delito precedente y su enlace con el consecuente (el lavado) la prueba de indicios es especialmente idónea y útil para suplir las carencias de la prueba directa en los procesos penales relativos a estas y otras actividades delictivas encuadradas en lo que se conoce como criminalidad organizada, y evitar así las parcelas de impunidad que podrían generarse en otro caso respecto a los integrantes de estas organizaciones delictivas. En la práctica procesal penal será habitual que no exista prueba directa en estas circunstancias, y al faltar ésta deberá ser inferido de los datos externos y objetivos acreditados...(prueba de presunciones o prueba de indicios) ...”[\[1086\]](#).

Además, en el citado precedente se señaló que: “...la procedencia criminal de los bienes que son objeto del blanqueo no requiere sino la comprobación de una actividad delictiva previa de modo genérico... sin que sea necesaria ni la demostración plena de un acto delictivo específico”[\[1087\]](#)

Se ha expresado que el autor de este delito se trata de un intermediario entre quien entrega los bienes de origen delictivo y quien realiza la operación de lavado, pero no ejecuta los verbos típicos del inciso 1° del artículo 303 del Código Penal[\[1088\]](#).

Resulta interesante analizar el tipo penal de receptación intermedia ya que en la práctica aparece con habitualidad en los casos en que los sujetos poseen, es decir han

recibido, sumas de dinero que aparentemente no pueden justificar y sus acciones son enmarcadas en esta figura legal. En muchos casos sucede que esas tenencias se encuentran vinculadas y relacionadas a otros hechos como ser el contrabando de divisas o el contrabando de sustancias estupefacientes.

Para ello me parece relevante recordar un precedente de la Sala "B" de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico que dio lugar a una investigación sobre el origen del dinero y que determinó que fuera posible elevar la causa a juicio con relación al delito de receptación intermedia previsto en el artículo 303 inc. 3 del Código Penal de la Nación.

## **I. Los antecedentes del caso en análisis**

En primera instancia del fuero Nacional en lo Penal Económico se dictó el procesamiento de una persona (D.E.Z) por el delito de tentativa de contrabando exportación de divisas (artículos 864 inc. d, 871 del Código Aduanero, en función de lo establecido por el artículo 7 del decreto N° 1570/01, modificado por el artículo 3 del decreto N° 1606/01, por haber intentado extraer del país en un vuelo con destino a la ciudad de Bruselas, vía Madrid, Reino de España, la suma de 64.000 euros.

Al momento de realizarse el procedimiento que dio origen a las actuaciones que se formaron, personal de la Policía de Seguridad Aeroportuaria detectó al efectuar controles rutinarios sobre los equipajes que se encontraban próximos a ser embarcados en el vuelo correspondiente mediante la utilización de una máquina de rayos X que en el interior de los caños de la manija retráctil de un equipaje sustancia orgánica por lo que se procedió a retirar la estructura metálica correspondiente al mecanismo retráctil y en el interior se encontraron seis paquetes de fajos de billetes envueltos en papel carbónico cinta adhesiva y papel

de aluminio, los cuales en total alcanzaban la suma de 61.600 euros. Asimismo, se halló en el compartimento principal del bolso de mano de D.E.Z otro fajo de 3000 euros enrollado y sujetado con una banda elástica. Es decir, el total de las divisas que intentaban ser transportadas por dicha persona arrojaron un total de 64.000 euros.

Una vez radicadas las actuaciones en la Alzada en virtud del recurso de apelación deducido por la defensa como consecuencia del auto de procesamiento decretado, la Sala B de dicho cuerpo resolvió confirmar dicha decisión adoptada por el magistrado de primera instancia.

Al hacerlo se fundó dicho pronunciamiento en que transportar dinero en efectivo y en moneda extranjera por sumas que superan el monto permitido por ley -usd. 10.000- implica ante la ausencia de una declaración ante la autoridad aduanera anterior, espontánea y voluntaria relacionada con el transporte de las mismas el propósito de ocultarlas al servicio aduanero, destacándose que "...el hecho de intentar despachar la valija que contenía dinero incautado sin declarar que se intentaban exportar divisas por un monto que supera el máximo permitido implica inducir a los funcionarios encargados a que piensen que quien procede así no lleva consigo divisas o transporta divisas por un monto que no supera los diez mil dólares estadounidenses (u\$s 10.000)".<sup>[1089]</sup>

En la misma oportunidad el mencionado tribunal destacó: "..además del ocultamiento evidenciado por la falta de declaración previa y espontánea, ante el servicio aduanero, de las divisas que se intentaron egresar del país, en el caso corresponde tener en cuenta el modo en el cual las divisas transportadas se encontraban acondicionadas... En ese sentido, si bien es razonable transportar dinero de una forma que permita evitar posibles sustracciones o apoderamientos, también es cierto que el hecho de llevar oculto el dinero en las manijas retráctiles del equipaje a despachar, en sumas que superan holgadamente los montos normativamente permitidos, también implica el propósito

de ocultar aquéllas del servicio aduanero (confr. , Reg. N° 199/14, de esta Sala “B”). En consecuencia, el agravio de.... no habría tenido la intención de vulnerar el control aduanero no puede tener una recepción favorable”.[\[1090\]](#)

Resulta de gran interés a los fines del presente trabajo que, al confirmar el procesamiento dictado en la instancia anterior dos de los jueces integrantes de la Sala B de la Cámara Nacional en lo Penal Económico encomendaron al juzgado de primera instancia a que dispusiera las medidas pertinentes a fin de profundizar la investigación vinculada con la posible comisión de los delitos de encubrimiento, de lavado de activos y/u otro delito de acción pública.

Ello, teniendo en cuenta la cantidad de dinero involucrada y lo expresado por la persona imputada en punto a que percibía mensualmente la suma de 30.000 pesos por mes y que había obtenido ese dinero a partir de su ahorro y de pequeños préstamos que le habían realizado personas allegadas.

Es por ello que el tribunal de alzada entendió que no se encontraba acreditado el origen de aquellos fondos.

Una vez devueltas las actuaciones a primera instancia la fiscalía interviniente requirió la elevación de las actuaciones a juicio con relación al contrabando de divisas y solicitó la extracción de testimonios a fin de que se continúe con la investigación por la presunta comisión del delito de encubrimiento o de lavado de activos.

Finalmente se elevó la causa a juicio por el delito de tentativa de contrabando de exportación de las divisas y se formaron actuaciones por separado para investigar el posible lavado de activos y/o encubrimiento. En un primer término se delegó la dirección de la investigación en la Fiscalía que, luego de disponer diferentes medidas en los términos del art. 193 del CPPN, concluyó que D.E.Z. había recibido dinero cuya tenencia no podía justificar y que tampoco se había justificado el origen de aquél. Es por eso que entendió que se encontraba acreditado con el alcance exigido por dicha investigación la posible comisión del

delito previsto por el art. 303 inc. 3 del Código Penal de la Nación.

Es por ello que se recibió declaración indagatoria a D.E.Z y se dictó su procesamiento en orden al delito previsto por el artículo 303 inc. 3° del Código Penal, por haber recibido la suma de 64.600 euros, que transformados en pesos argentinos a la cotización de la fecha de los hechos se trataban de 662.150 pesos, sin que se hubiera justificado ni acreditado su origen, por lo que se presumió que fueron provenientes de una actividad ilícita, los cuales fueron encontrados en las condiciones antes detalladas en poder de D.E.Z.

Resultan de gran interés los argumentos que esbozó el juzgado de primera instancia para arribar a la conclusión de que el dinero en trato no se encontraba justificado.

Por un lado, se tuvo en cuenta que el Banco Central de la República Argentina tan solo había informado dos operaciones de compra de divisas por parte de D.E.Z por una suma ínfima de 225 euros. Se tuvo en consideración además que D.E.Z. no había efectuado declaración de impuestos ante la AFIP, ni surgía información sobre otros contribuyentes, no realizaba actividad económica independiente o complementaria formal ni se verificó la existencia de patrimonio, por lo que no fue posible comprobar la existencia de bienes muebles y/o inmuebles que se vincularan con su capacidad económica. Por otra parte, se solicitó a la AFIP que informara el total de los ingresos percibidos y declarados en todo su historial de trabajo y se determinó que D.E.Z. con todos los ingresos que habría percibido en su historia, como mucho, habría podido adquirir la suma de 25.752 euros sin depurar ningún tipo de gasto en concepto alguno, es decir sin gastar sus ingresos en ninguna otra cosa.

Teniendo en cuenta dicho marco el juzgado instructor le dio intervención a la Procuraduría de Narcocriminalidad del Ministerio Público Fiscal de la Nación quien aportó información relevante para el caso en análisis. De las

actuaciones incorporadas correspondientes a otras dos investigaciones realizadas ante el fuero nacional en lo penal económico surgían elementos relativos a una organización criminal dedicada al tráfico de estupefacientes y contrabando de divisas.

A partir de allí, se detectó un nexo que permitió sostener la presunta existencia de un ilícito precedente al delito de lavado de dinero, puntualmente que el conductor de un automóvil de alquiler integraba una organización de mayor escala vinculada con maniobras de contrabando y/o tráfico ilícito de sustancias estupefacientes y de divisas. Dicha hipótesis tuvo sustento en que ese mismo vehículo llevó al Aeropuerto Internacional de Ezeiza Ministro Pistarini a cinco personas que luego fueron detenidas mientras intentaron egresar del país con estupefacientes o divisas en su equipaje, todo ello en el término de cuatro meses. El avance de la investigación permitió corroborar aquella hipótesis. Es decir, el mismo conductor que trasladó a D.E.Z. fue identificado y se determinó que además trasladó en fechas muy cercanas a otras 4 personas que fueron detenidas por el intento de extraer del país sustancias estupefacientes.

Lo anteriormente expuesto denota que el caso que se comenta no podía ser analizado en forma aislada sino más bien en conjunto con los otros casos, sobre todo si se tiene en cuenta la imposibilidad de la propia persona imputada de justificar la tenencia de esa excesiva suma dineraria que tampoco aparecía como razonable para una persona con el perfil económico detallado, esto es ausencia de bienes muebles e inmuebles en su patrimonio, poca actividad económica declarada, bajos ingresos entre otras circunstancias.

Al momento de ser confirmado el procesamiento dictado en primera instancia por artículo 303 inc. 3 del Código Penal de la Nación por la Sala B de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico entendió que D.E.Z. "... habría carecido de los medios necesarios para generar

rentas o ahorros acordes con el dinero extranjero incautado, sino que serían el producto de actividades delictivas, resulta ajustada a derecho y a las constancias de la causa”<sup>[1091]</sup>.

Asimismo, sostuvo que: “...la cantidad de dinero que... portaba... en la forma descripta ... no es habitualmente transportada del modo que... lo hizo, pues en situaciones como la verificada se recurre a medios más formales y seguros de transferencia de divisas, y el transporte de aquel dinero en la forma en que se efectuó no resulta razonable ni apropiado, salvo en el supuesto que...no pudiera acudir, por el origen del dinero, a las vías habituales de transferencia del mismo”<sup>[1092]</sup>.

A su vez dejó establecido que: “...con relación a lo invocado por la defensa de... respecto de que no se habría demostrado que el dinero incautado provendría de un ilícito penal, cabe establecer que no es necesario que en la presente causa, que tiene por objeto la investigación y la acreditación de supuestas responsabilidades penales por un hecho presunto de receptación de dinero de origen delictivo con fines de aplicarlo en una operación de las previstas en el inc. 1 del art. 303 del Código Penal, que le dé la apariencia posible de un origen lícito, se investigue el ilícito penal previo del cual provendría aquel dinero, cuyo origen espurio debe estimarse “prima facie” probado, con el alcance exigido para este momento del proceso, por las circunstancias expresadas por los considerandos anteriores”<sup>[1093]</sup>.

Además concluyó que teniendo en cuenta las actuaciones remitidas por la Procuraduría de Narcocriminalidad de la Procuración General de la Nación y lo que de aquéllas surgía en punto al chofer que habría llevado a D.E.Z. y a otras al Aeropuerto Internacional de Ezeiza que habrían intentado extraer del país sustancias estupefacientes “... la estimación del juez relativa a que el dinero transportado por ...habría sido aportado por la organización criminal de la cual formaría presuntamente parte quien habitualmente



conduciría el vehículo mencionado, por el momento no resulta irrazonable”<sup>[1094]</sup>

Una vez arribadas las actuaciones a juicio quedaron radicadas (ambos legajos, tanto las actuaciones formadas por la tentativa de contrabando de exportación de divisas como las de receptación intermedia de lavado de dinero), ante el Tribunal Nacional en lo Penal Económico N°2, quien resolvió declarar extinguida por prescripción la acción penal del hecho relativo al art. 303 inc. 3 y conceder la suspensión del juicio a prueba respecto a la persona imputada por el término de un año con relación a la tentativa de contrabando de exportación de divisas<sup>[1095]</sup>.

Del comentario del caso realizado precedentemente se desprende claramente la vinculación que es posible establecer entre un caso de receptación intermedia con conductas de contrabando de estupefacientes y/o de divisas. Esto se funda en que, generalmente las mismas organizaciones criminales que se crean con la finalidad de exportar sustancias estupefacientes al exterior, se ocupan también de llevar con ellas parte de las ganancias obtenidas como consecuencia de dicha actividad con la finalidad de extraerlas del país de forma irregular para asegurar no solo el cumplimiento de sus fines. Para ello, recurren a estos modos irregulares ya que el propio origen espurio del dinero conlleva que no puedan valerse ni hacer uso de los canales formados habilitados a tal efecto.

En punto a las pautas a tener en cuenta para determinar la ilicitud de los bienes en casos de este tipo, el Tribunal Oral en lo Penal Económico N° 1° ha señalado que: “...En lo que hace a la fijación de los estándares mínimos a partir de los cuales puede darse por probado el ilícito penal generador de los bienes que se pretende introducir ilícitamente en el mercado precedente, ello estaría dado por la existencia de determinadas pautas relacionadas con la sana crítica racional, las cuales deben ser valoradas en forma conjunta. A saber: a) La moneda y cantidad de dinero o importancia del respectivo bien... c) Incrementos

patrimoniales no justificados u operaciones financieras anómalas, inexistencia de actividades económicas o comerciales legales que justifiquen esos ingresos...d) Las características especiales del imputado en función de su edad, instrucción, patrimonio, situación familiar, actividad económica o cualquier otra que se muestre relevante... e) La inverosimilitud de los dichos o debilidad de las explicaciones del imputado respecto al origen de los bienes sospechados. También su silencio, atento a ser el único capaz de dar una explicación suficiente sobre el origen de sus bienes...”[\[1096\]](#).

## **II. La necesidad de la “ultraintencionalidad” de emplear el dinero de procedencia ilícita en alguna de las acciones enumeradas en el inc. 1 del artículo 303 del Código Penal de la Nación**

Además de la recepción del dinero de procedencia ilícita el tipo penal del artículo 303 inc. 3 requiere como elemento subjetivo, la finalidad de hacerlos aplicar en una operación de lavado.

En ese sentido es relevante lo que destaca Córdoba en cuanto a que “...Recibir bienes contaminados para esconderlos no realiza el delito de receptación intermedia; para ello sería necesario que el autor los hubiera recibido para emplearlos (“aplicarlos”) en una operación que podría darle a los bienes apariencia de legalidad, más aún, en la redacción actual, para introducirlos en el mercado mediante una operación de esa índole.”[\[1097\]](#)

La acción de recibir debe ir acompañada de un propósito trascendente, así explican esta ultraintencionalidad Fontán Balestra y Ledesma.[\[1098\]](#)

Córdoba ha precisado que “...la característica de esta especie de delitos... es que el acto previo debe ser ejecutado con el propósito, con la finalidad de realizar los actos ulteriores o de que otros lo realicen. Pero no hace falta que esos actos posteriores hayan tenido lugar en la realidad, ni siquiera que se hayan comenzado a ejecutar. En el caso de este tipo, esa intención interna trascendente es la finalidad de hacer aplicar los bienes de origen ilícito que se ha recibido en una operación de las previstas en el inc. 1, que les dé apariencia posible de un origen ilícito”<sup>[1099]</sup>.

Recientemente este requisito ha sido mencionado por la Sala B de la Cámara de Apelaciones en lo Penal Económico, específicamente por el voto de la Dra. Carolina Robiglio, que en el marco de un caso en el que la fiscalía había recurrido un sobreseimiento dictado en los términos del artículo 303 inc. 3 ya que el juzgado entendió que no había elementos necesarios para sostener el estado de sospecha del imputado sostuvo que: “Por la descripción típica transcrita precedentemente, se advierte que el delito contenido por aquélla exige para su configuración, además de comprobar la realización objetiva de la acción típica, consiste en “recibir” los bienes provenientes de un ilícito penal, la presencia de un elemento subjetivo específico consistente en la finalidad del autor de recibirlos para hacer aplicar aquellos bienes a una operación de las previstas por el art. 303 inc. 1 del Código Penal”<sup>[1100]</sup>.

Destacándose que: “...se advierte además de no haberse acreditado siquiera la posible procedencia ilícita del dinero secuestrado, la aplicación en el caso “sub examine” de la figura prevista por el art. 303 inc. 3 del Código Penal, requiere la verificación, cuanto menos de manera indiciaria, en orden a la existencia de una ultraintencionalidad en la conducta objetiva atribuida a ... consistente en la motivación o el propósito del nombrado de emplear el dinero de origen supuestamente ilícito que habría recibido para realizar alguna de las acciones previstas en el art. 303, inc. 1, del Código Penal (convertir,

transferir, administrar, vender, gravar, disimular o de cualquier otro modo poner en circulación en el mercado), con la consecuencia posible de que el mismo adquiriera apariencia de un origen lícito. Sin embargo, en el caso, resulta acorde con las constancias incorporadas en el expediente lo expresado por el señor magistrado a cargo del juzgado de la instancia anterior en cuanto a que no se encuentra acreditado ni siquiera indiciariamente, que el dinero en cuestión tuviera como destino ser introducido en el mercado a través de alguna operación que le diera apariencia de origen lícito, y que de acuerdo con lo dictaminado por el señor representante del Ministerio Público Fiscal ante la instancia anterior no se advierten medidas de prueba pendientes de producción por las que pudiera eventualmente acreditarse el extremo subjetivo referido por las consideraciones precedentes, por lo que la solución remisoria adoptada por el juzgado de la instancia anterior resulta ajustada a derecho y a las constancias incorporadas a la encuesta, por lo que debe ser confirmada”<sup>[1101]</sup>.

Volviendo al análisis del caso de D.E.Z que se ha comentado, podríamos decir que esa ultra intención se encontraba presente ya que el transporte de las divisas por parte de D.E.Z., por todos los argumentos que se han desarrollado de acuerdo a los parámetros explicados, podría tratarse de una fase de un plan criminal con la finalidad de darle apariencia de un origen lícito al dinero que transportaba. En efecto, no pasa desapercibido que sin perjuicio de los controles que pudieran existir tanto en el Reino de España como en Bruselas, su destino final, para ingresar aquel dinero que llevaba en el mercado legal, resulta evidente que las acciones de D.E.Z., en el caso de no haber sido frustradas por circunstancias ajenas a su voluntad, le hubieran permitido diluir el origen espurio del mismo y dificultar su localización.

Si bien en ese caso, una vez arribado a la etapa de juicio se terminó dictado la extinción de la acción penal por

prescripción en un caso similar y conectado con un supuesto de contrabando de divisas el Tribunal Oral en lo Penal Económico N° 1 se ha podido expedir sobre el fondo de la cuestión, dictar condena por el concurso real de ambos hechos en el marco de un acuerdo de juicio abreviado celebrado y disponer el decomiso de la suma de dinero secuestrado en los términos del artículo 23 del Código Penal de la Nación<sup>[1102]</sup>.

El Tribunal Oral citado tomó como indicios que acreditaron con certeza la procedencia de un origen ilícito del dinero que la persona imputada en ese caso había intentado extraer del país (que se trataban de 49.222 dólares estadounidenses y 50 euros) la importante cantidad de dinero que transportaba, que resultaba desproporcionada con su situación económica, la falta de adquisiciones de divisas en el mercado legal por parte de dicha persona; la ausencia de negocios lícitos que justifique el manejo de semejante suma de dinero; el modo en que dicha persona trasladaba el dinero, en efectivo, cuando existen medios más formales y seguros de transferencia de divisas y que la elección de dicho modo poco apropiado estuviera vinculado a la imposibilidad de acudir por el origen del mismo a vías habituales de transferencia del mismo; el reconocimiento en cuanto a que el dinero provenía de un ilícito y la vinculación con personas que se encontraban formalmente acusadas de haber cometido delitos contra la administración pública.

Por otra parte, se tuvo por acreditado el elemento subjetivo de la persona imputada por la gran cantidad de dinero recibida y transportada que resultaba incompatible con la actividad lícita que realizaba y por su vinculación con personas que realizaban hechos de corrupción.

La Doctora Carolina Robiglio ha analizado detalladamente los puntos de contacto que existen entre el contrabando de dinero y el delito de lavado de dinero y destaca la importancia que las autoridades a cargo de la seguridad de los puertos y aeropuertos presten atención al

transporte de dinero en efectivo y si lo detectan realicen las averiguaciones sumariales o judiciales tendientes a establecer el origen destino y motivo del traslado del dinero por este medio<sup>[1103]</sup>.

### **III. Conclusiones en torno a la figura de receptación intermedia del artículo 303 inc. 3° del Código Penal.**

Después de analizar la figura del artículo 303 inc. 3 del Código Penal no cabe sino concluir que nace como una necesidad de responder a los estándares internacionales fijados en la materia relativos al lavado de dinero por el FATT-GAFI con la finalidad de organizar a nivel mundial un sistema antilavado y en contra de la financiación del terrorismo.

De ahí, la necesidad del Estado de sancionar conductas que buscan el “reciclaje” de activos que provienen de actividades criminales previas para evitar la profanación del crimen organizado financiero y transfronterizo.

De ese modo, la figura del artículo 303 inciso 3° del Código Penal aparece como una herramienta en aras de que no queden impunes acciones dirigidas a otorgar visos de licitud a bienes o sumas dinerarias de procedencia ilícita. Es decir, permite que ciertos actos realizados por sujetos que forman parte de las mismas organizaciones delictivas que buscan asegurar el resultado de sus ganancias y aplicarlas en los términos del inciso 1° del artículo 303 no queden impunes. A su vez, contribuye en la detección temprana de las acciones que quienes tienen dicha finalidad e, incluso, podrían lograr la interrupción de acciones de quienes busquen “lavar” su dinero o bienes de procedencia ilícita no permitir que cumplan con su propósito de diluir su origen espurio.

En la actualidad se observa la estrecha vinculación entre esta conducta con hechos de contrabando de divisas y de sustancias estupefacientes como un entramado que forma parte de organizaciones delictivas de mayor envergadura con el objetivo de concretar su plan criminal a mayor escala y esconder el producido de sus actividades con voluntad de aplicarlos a actividades de las enumeradas en el artículo 303 inciso 1°.

Es en este marco que la figura del artículo 303 inciso 3° cobra relevancia y en la práctica se presenten casos en los que se observa la concurrencia de esta conducta con otras como el contrabando de divisas o de sustancias estupefacientes como los relatados.

Resulta interesante recordar lo expuesto por Hernán Blanco con relación al desvalor específico del delito de receptación y del lavado de activos "...García Cavero explica que la diferenciación entre lavado de activos y receptación debe hacerse a partir de la finalidad de protección de la norma. Con el delito de receptación se castigan aquellas conductas que intensifican el perjuicio de los derechos patrimoniales de los titulares de los bienes que han sido obtenidos mediante la comisión de un ilícito penal, afectación concreta mediante la negociación o circulación de los bienes procedentes del delito previo. Por el contrario, en el delito de lavado de activos la protección recae sobre una condición del tráfico de los bienes en el mercado. Así, mientras la receptación encuentra su desvalor penal específico en el hecho de reducir o suprimir las posibilidades de ubicación y devolución de los bienes despojados ilegalmente, el delito de lavado de activos centra su desvalor en el hecho de introducir activos de procedencia ilícita al tráfico jurídico de bienes simulando su legalidad...."[\[1104\]](#).

De lo transcripto surge la relevancia de evitar que se lleven a cabo los fines que la figura de la receptación intermedia busca evitar.

A su vez, el análisis realizado en este trabajo nos lleva a reflexionar sobre la relevancia de considerar las recomendaciones pautas e indicios que establecen tanto los instrumentos internacionales dictados en la materia como las que surgen de la propia jurisprudencia local, que posibilitan la determinación del origen ilícito de los bienes o dinero recibido, que resultaran de gran importancia a fin de poder realizar un análisis certero de la cuestión.

En esa dirección resulta de vital importancia tener en cuenta lo pautado por la Recomendación Especial IX realizada por el Grupo de Acción financiera (GAFI) titulada "Correos en efectivo" (Cash Couriers) que establece que los países deben adoptar medidas para evitar el transporte físico transfronterizo de dinero en efectivo e instrumentos negociables al portador haciendo referencia a que el transporte físico transfronterizo se refiere a cualquier entrada o salida física de dinero de un país a otro lo que incluye el transporte por una persona en su equipaje, vehículo, como también el envío del dinero como carga o mediante envíos postales<sup>[1105]</sup>.

Pero considero que lo principal a tener en cuenta, para abordar un caso práctico es realizar un análisis profundo de las circunstancias que se presenten ya sea que aparezcan como un supuesto aislado de receptación intermedia y/o vinculado a otras posibles conductas investigadas como ser contrabando de divisas o sustancias estupefacientes, utilizando todas las herramientas de investigación con las que se cuenta, a fin de poder tener una visión integral de la cuestión, ver más allá y advertir la posible concurrencia de distintas conductas.

De ese modo, se podrá cumplir con la finalidad que tuvo en miras el legislador al modificar el tipo de lavado de dinero a través de la ley N° 26.683, contribuir a la detección temprana de estas conductas, lograr además que no queden impunes, siempre siguiendo los lineamientos internacionales en la materia y de ese modo frustrar que se



cumplan los fines de la criminalidad organizada trasnacional. Resulta un desafío que atañe a todos.

# **LAVADO DE ACTIVOS. ASPECTOS GENERALES**

Héctor Guillermo Vidal Albarracín\*

El lavado de activos es un tema de la política criminal internacional, que busca desestimular la actividad de las organizaciones criminales, mediante el decomiso de los bienes ilícitos, su no uso y el aislamiento del autor.

Se encuentra regulado por Convenios internacionales y Recomendaciones del GAFI (Grupo de Acción Financiera Internacional) que define el contenido y alcance que deben darle las legislaciones internas. Tal particularidad hace que sea un delito abierto a permanentes modificaciones y cambios sobre el modo de cometerse.

Por ello, felicito a los organizadores de estas Jornadas por la amplitud de la temática programada y la participación de expositores de otros países, lo cual permite dimensionar su problemática.

Cuando me invitaron a hablar de lavado de activos, sobre el que se ha escrito mucho y bien, me pregunté ¿Qué podía aportar yo? Siempre uno no quiere ser repetitivo y brindar alguna idea que resulte útil.

Comenzaré por repasar la evolución legislativa en Argentina. Advertí que al inicio, al igual que la asociación ilícita, al lavado de activos se lo consideraba un delito todo terreno, que se adaptaba a cualquier investigación sobre criminalidad organizada y se entremezclaba con otros

delitos, como el narcotráfico, cuando necesita blanquear las ganancias,

En 1989 surge el art. 25 de la ley 23.737 de tráfico de estupefacientes, pero como sólo contempla una faceta del lavado en poco tiempo quedó desbordada y debió buscar su autonomía

Cuando se está frente a una conducta punible novedosa, se puede intentar su regulación en una ley especial o bien, como finalmente se hizo, insertarla en el Código Penal, en algún Capítulo en que se proteja un bien jurídico compatible.

Así, en el año 2000, como una manera de conformar al GAFI y a fin de que Argentina sea aceptada como país-miembro, se dicta la ley 25.246. En ese momento, el legislador se encontró ante el lavado de activos, que era un delito dinámico y complejo, que presentaba una realidad que no dominaba y lo subestimó, creyó que estaba frente a una forma especial de encubrimiento por receptación real, que ya estaba regulado en el Código Penal en los arts. 277 y ss. y así lo incorporó como un encubrimiento agravado en el Título XI "Delitos contra la Administración Pública" y por ello exigió que el autor del lavado no haya participado en el delito previo.

Con posterioridad, más precisamente el 17/6/2011, por exigencia del GAFI se dicta la ley 26.683 que suprimió la exigencia de que el autor del lavado no haya "participado de un hecho precedente" y así incorpora el autolavado, para ello separó el lavado de activos del encubrimiento y lo situó en un Título XIII: "Delitos contra el Orden Socioeconómico y Financiero", ajeno a la sistemática del Código Penal.

Al consistir el lavado de activos en "Cualquier modo de poner en circulación bienes ilícitos que tenga como base el disimulo o el engaño para darles apariencia lícita", esto es una forma sofisticada de ocultación, vemos que tiene puntos en común con otros delitos afines como la estafa, y el contrabando, y como ellos admite infinidad de

modalidades o formas de cometerse. Es así, que la política legislativa debe echar mano a tipos penales abiertos, que luego de una enunciación de acciones termina con una fórmula residual. En la estafa y el contrabando las acciones u omisiones se englobaron en “cualquier otro ardid o engaño”, en el lavado: se emplean los términos “transfiriere, adminístrate, conviertiere, gravare, disimular y se agrega como fórmula residual “o cualquier otro modo de poner en circulación” Lo cierto es que dichas fórmulas abiertas requieren ser cerradas con un bien jurídico preciso, de manera de preservar el principio de legalidad.

Lamentablemente, ello no ocurre en el lavado de activos, en que los intereses afectados trascienden el ámbito patrimonial, convirtiéndose en un bien jurídico pluriofensivo, que posee contenido económico y algo de administración pública, lo cual también se tutela en otros delitos afines, Esa circunstancia provoca superposiciones que son difíciles de resolver.

Otra cuestión no abordada, que a mi entender también complica, es el valor de la mercadería, que según el ámbito es sometido a distintos criterios por los organismos encargados de su control. Ello obviamente genera oscilaciones que dificultan su determinación a los fines penales.

Veamos cómo es eso: Hay diferentes organismos encargados del control del precio de la mercadería y en esa tarea dado que cada uno de ellos considera que su función es más importante que la de los otros, adopta criterios para la determinación del precio en una transacción de comercio internacional. Ello muchas veces provoca una colisión entre lo que para unos es un precio razonable, para otros no lo es.

Detengámonos en el punto de atención de cada organismo.

A la DGA le interesa el ingreso o egreso de la mercadería (importación/exportación); a la DGI, la compra y venta de la mercadería; al BCRA, la compra y venta de divisas; a la

UIF, el origen y destino de los fondos, y ello impacta en el “valor”, tornándolo equívoco.

No resulta fácil responder cual de esos intereses es prioritario: “preservar la integridad o renta fiscal”, proteger la libre competencia, esto es, considerar la mejora de dicha competitividad y la penetración creciente de mercados extranjeros con productos locales de alta calidad y creciente valor, que se traduce en una mejora directa del bienestar general, tanto a través de la generación de empleo, el incremento de la tasa de formación de capital, la penetración de mercados extranjeros con manufacturas del país, etc<sup>[1106]</sup>.

Lo expuesto hace que la posibilidad de su manipulación por parte de los organismos de control sobre el valor en el comercio internacional, invierta la regla de la buena fe en las transacciones. No cabe pues partir de la base de que todo valor es sospechoso o que, aun no siéndolo, resulte conveniente considerarlo a los fines de la recaudación fiscal.

Ello hace que distintas modalidades u expresiones, que son usuales en el comercio internacional, como: “grupo económico”, “triangulación”, *trader*, “subvaluación”, equivocadamente se les da una connotación sospechosa, como si dichos términos encerraran en sí mismos un alcance ilícito.

Por el contrario, normalmente las importaciones y exportaciones se canalizan a través de firmas comercializadoras internacionales, vinculadas o no al exportador, con trayectoria y recursos para: (a) manejar los riesgos emergentes del comercio internacional; (b) operar los fletes marítimos y demás procesos de logística en destino; y (c) asegurar la financiación y el pago puntual al exportador y otorgar crédito a los importadores o consumidores finales<sup>[1107]</sup>.

Otro tanto, ocurre con respecto al complejo tema del “valor en aduana”, es válido comprar o vender barato, en la

medida que la operación sea real y no ficticia o simulada. Así, subvaluación no es igual a subfacturación.

Asimismo, es importante tener en claro la relación del “valor en aduana” y los “precios de transferencia”. Los países de mayor desarrollo relativo que integran la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) se han preocupado por combatir la localización artificial del lugar donde se produce la ganancia, procurando que los Fiscos de los países de exportación o de importación puedan aplicar los impuestos sobre la renta que normalmente hubieran aplicado en su propia jurisdicción fiscal si la transacción comercial se hubiera realizado en condiciones normales de mercado entre empresas independientes unas de otras.

Barreira, en un excelente y exhaustivo trabajo, es quien mejor aborda esta temática porque lo hace en forma integral. Así, desarrolla la diferente finalidad de esos institutos, la distinta instrumentación que es su consecuencia y los graves inconvenientes que enfrentan los operadores del comercio internacional debido a la discrecionalidad en el uso de métodos de ajuste al precio de transferencia a los fines del impuesto a la renta<sup>[1108]</sup>. Destaca dicho autor que “Resulta paradójico que dos organismos del mismo Estado utilicen sus poderes de fiscalización sobre los operadores del comercio exterior en la búsqueda de intereses tan contrapuestos. El resultado de esta situación es que el importador se encuentra entre dos fuegos, siendo amenazado con una investigación acerca del valor de transacción declarado, con las molestias, costos e incertidumbre que todo ello genera, tanto por la sospecha de que el mismo sea considerado alto o bajo de acuerdo a un patrón de difícil de determinación. Ello redundará en inseguridad jurídica para cualquier importador o exportador habitual, pues cualquier variación en los precios usuales de los productos que importa o exporta, por justificada que ella fuera, dará lugar a los inconvenientes

de tener que justificarlo ante alguno de los organismos encargados de esas funciones”[\[1109\]](#).

Como se advierte la complejidad y tecnicismo del tema amerita no proceder apresuradamente. En el camino hacia el delito no se deben saltar etapas.

El organismo de control debe dar intervención al interesado a efectos de que le brinde la información pertinente. Hasta tanto debe abstenerse de realizar procedimientos espectaculares e invocar la comisión de delitos que perjudican al Fisco en millonarias sumas de dinero, que de no ser acreditados provocan un escepticismo popular sobre la administración de justicia.

Los jueces deben pues resguardar que dicha ecuación se cumpla[\[1110\]](#), concedores de que al estar en juego bienes irreparables como el honor y la libertad, el camino es solo de ida, sin vuelta [\[1111\]](#).

Me voy a detener aquí para referirme a la importancia de legislar.

Sabido es que en las leyes penales no cabe la estructura ensayo/error (se dicta la ley comienza a regir, se advierte el error y se deroga), pues en el lapso que rigió puede ser aplicada como ley penal más benigna.

Recordemos el sonado caso de ANTONINI WILSON. El 4/8/2007, el pasajero venezolano Antonini Wilson arribó al país trayendo en sus valijas u\$s 800.000. Sabido es que a diferencia de la salida, en que está prohibido la exportación de u\$s 10.000 o más, en el ingreso se debe dar aviso a la UIF para coleccionar información sobre movimiento de divisas.

Pues bien, la discusión giraba alrededor de una infracción de equipaje o contrabando vía equipaje o lavado de dinero en su primer tramo “colocación”. A Antonini, como se consideró que no había ocultación, se le imputó infracción de equipaje (art. 977 Cód. Aduanero), se fue del país y no regresó. La causa siguió su trámite respecto a otro pasajero, Claudio Uberti, que era funcionario de gobierno nacional. Se dictó su sobreseimiento por prescripción y la noticia cayó mal en la opinión pública que

mediáticamente siguió el desarrollo del juicio. Veamos de quien es la culpa, pues esas situaciones generan un escepticismo popular sobre los jueces y el funcionamiento de la justicia.

Inicialmente se le atribuyó a Uberti lavado de dinero en su modalidad de “recepción de dinero”, que conforme el art. 277, que inc.3º d) cuando se trata de funcionario público duplica la escala penal (el máximo de 3 se va a 6 años de prisión). Dado que durante su tramitación se dicta la ley 26683 (21/6/2011), que insólitamente olvidó contemplar la agravación por funcionario público para ese supuesto que si estaba previsto en la ley 25.246, se aplicó como ley penal más benigna la modalidad simple con pena de hasta 3 años de prisión y consecuentemente, como habían transcurrido 5 años había prescrito. Afortunadamente, vía Casación, se revocó y volvió al encuadre de contrabando y actualmente se encuentra en trámite El 4/7/19 la CPenEco confirmó el procesamiento por tentativa de contrabando de importación de divisas agravado por el número y la participación de funcionario público en concurso ideal con lavado en su modalidad de recepción.

Aprovecharé dicho supuesto para mostrar un problema de superposición de figuras penales afines que no siempre encuentra solución a través de las reglas del concurso de delitos y afecta el principio non bis in idem.

El transporte físico transfronterizo de divisas ya sea por vía de equipaje, por vehículo, carga o vía postal, como señala Carolina Robiglio en su excelente libro<sup>[1112]</sup> genera múltiples encuadres, cada uno con tratamiento distinto.

Así nuestra jurisprudencia oscila entre: contrabando de dinero, infracción de equipaje, lavado de activos, encubrimiento de dinero, tenencia injustificada de mercadería extranjera, infracción al régimen cambiario, evasión. Para peor el dinero, como elemento normativo común a todos ellos es equívoco y no hay un criterio único sobre si es o no mercadería



Otra circunstancia que complica es la existencia de dos ámbitos de ilicitud: infracción y delito, sin un criterio legal de distinción, ni jurisprudencia uniforme que lo aclare. Entiendo que si se trata de un delito aduanero, se requiere una interpretación sistemática que contemple las infracciones que son su contracara.

A su vez, como la regulación de base se estructura con normas penales en blanco, que deben integrarse con disposiciones operativas que dictan los organismos de control (DGA, UIF, BCRA), esa integración tiene incidencia sobre las conductas punibles, pues ese distinto nivel de normas también plantea discusiones sobre el principio de legalidad.

Por ejemplo, como vimos, en el caso de un pasajero que transporte moneda extranjera o divisas, la regulación es distinta según se trate de arribo o bien, salida o egreso.

En el INGRESO la Res. DGA 2704/09 impone la obligación de declarar en un formulario si se transporta u\$s 10.000 o más, pues se debe informar a la UIF<sup>[1113]</sup>.

Sino la declara, la afectación del control de divisas como lo ha señalado la Corte Suprema de Justicia de la Nación<sup>[1114]</sup> no es una función aduanera, de manera que no configura contrabando. Resta analizar el posible lavado de dinero (ver procedencia, cantidad de divisas, motivo del viaje, su duración, etc.)

Podría haber infracción de equipaje, pues excede lo permitido como efecto para uso personal<sup>[1115]</sup> (arts 10 y 11 y 505 del CAAd).

Si supera el control aduanero y las divisas son encontradas en plaza, sería encubrimiento de contrabando de dinero (874, inc. d) CAAd). Si en este último supuesto, el tenedor tenía intención de aplicarlas a una operación que le de apariencia lícita, es lavado en la modalidad del inc. 3° del art. 303 C.Pen.

En el EGRESO, si hay prohibición de exportación u\$s 10.000 o más<sup>[1116]</sup>. Cabe diferenciar el control del cumplimiento de las prohibiciones a la importación y/o

exportación, que es función aduanera, del fundamento de tales prohibiciones que puede ser cambiario o monetario y que no es resorte de la aduana

Entonces puede haber infracción de equipaje y si hay ocultación se convierte en contrabando (art.864, inc. d).

También puede tratarse de “colocación”, que es la primera fase del lavado de activos, y haber concurso. Si el pasajero no reúne perfil o justifica origen de los fondos no hay lavado de dinero.

Por último, cabe preguntarse si cabe una infracción cambiaria. En principio se ha considerado que no, porque no se trata de una operación de cambio en su acepción técnica, que se da cuando una operación compra/venta de moneda extranjera divisas a cambio de una contraprestación en moneda local.

El GAFI consideró a este supuesto de transporte físico transfronterizo de divisas como una fase del lavado de dinero y dictó una Recomendación Especial IX, titulada “Correos de efectivo” (cash couriers) actualizada el 20 de abril de 2012, en la que se indica que los países deben tomar medidas para detectar el transporte físico transfronterizo de dinero en efectivo e instrumentos negociables al portador<sup>[1117]</sup>. Asimismo brinda detallados lineamientos para que cada país adecúe sus normas internas a fin de cumplir con los estándares en materia de sistema de control, sistemas de declaración, registro e intercambio de datos, sistemas de información al pasajero y sistemas de prevención.

Al respecto entiendo que siguiendo esa Recomendación y su Nota interpretativa se podría haber dado solución a una serie de problemas que actualmente se siguen planteando en Argentina, por ejemplo en el caso de dinero, que como elemento normativo común a los ilícitos aplicables, es equívoco y se discute su alcance sobre si es o no mercadería.

Así también, como la regulación de base se estructura con normas penales en blanco, que deben integrarse con

disposiciones operativas que dictan los organismos de control (DGA, UIF, BCRA), esa integración tiene incidencia sobre las conductas punibles, pues ese distinto nivel de normas también plantea discusiones sobre el principio de legalidad.

Va de suyo que tales posibles encuadres significan tiempo de tramitación y posibilidad de prescripciones, recursos, que traban la actividad de los tribunales y la afectación del debido proceso.

Mi primera conclusión es que las reformas legislativas deben llevarse a cabo por expertos o conocedores del tema, con visión de conjunto y sin responder a fines políticos.

Esa necesidad en macro sobre la criminalidad económica, se da algunas cuestiones que plantea la ley 26683.

Ya vimos que omitió la agravación cuando interviene un funcionario público en la modalidad de recepción del inc. 3<sup>a</sup> del art. 303 del Cód. Pen., pero también hay otras cuestiones a resolver.

Haré una breve comparación con el texto de la ley anterior para resaltar algunas de las imperfecciones pendientes.

Otra muestra del apresuramiento de la ley 26683 fue la redacción del inc. 4<sup>o</sup> del art. 303, que contempla una modalidad de lavado sin monto, ya que impensadamente amplió el ámbito de aplicación del lavado de activos a delitos previos cualquiera sea el valor de los bienes. Ello no responde a razones de política criminal, ni a los estándares internacionales que apuntan a concentrar los esfuerzos en los delitos graves.

Como vemos el monto \$ 300.000 pasa a ser una forma agravada, mientras que el inc. 4<sup>o</sup> que no tiene monto, su figura básica.

Cabe aclarar, que dado que fue una reubicación sistemática que no apuntó a modificar el tipo penal y el nuevo monto fue una actualización, adhiero a la postura de

quienes consideran que no cabe aplicarse retroactivamente la ley posterior más benigna

Otra fricción sistémica, como la llama Juan Ignacio Starcerbaum en un ingenioso artículo<sup>[1118]</sup>, en que indica la situación que plantea la reciente ley 27.430 que aumenta los montos de los delitos fiscales. Advierte así, que la evasión simple, si fuere el delito precedente del lavado, tiene una pena de 2 a 6 años de prisión, y que con el dictado de dicha ley, se aumenta el monto evadido a \$1.500.000, como condición objetiva de punibilidad, esto es cinco veces más que la figura de lavado del art. 303, inc.1°, (\$ 300.000), que tiene una pena de 3 a 10 años. Ello es una grave afectación en el sistema al principio de proporcionalidad.

Lo mismo que pasa con la evasión se daría con el contrabando menor, que dicha ley aumenta a \$ 500.000 y conforme el art. 947 CAd . se la consideraría una mera infracción aduanera.

Otra cuestión, es la imprecisión del término “provenientes” del art. 303, inc. 1°, genera problemas interpretativos. Por ejemplo, cuando el ilícito precedente es una “evasión fiscal”, cabe preguntarse, si no paga impuestos la omisión no tiene monto, no es “nada”, entonces no puede “provenir”, aunque lo cierto es que lo no pagado es ahorro y queda en el patrimonio del autor. Por esa razón la legislación alemana lo incluye expresamente y dice: “gastos ahorrados”).

Advierte Fernando Córdoba en su excelente libro<sup>[1119]</sup> sobre el tema, que el término “proveniente” también es empleado por el encubrimiento de contrabando (art. 874 inc. 1° CAd), donde más que proveniente de contrabando los bienes encubiertos son objeto de contrabando. Al respecto, dado que la definición de encubrimiento de contrabando, inicialmente fue por remisión al art. 277 del C. Penal, luego en el Código Aduanero recogió ese concepto, reemplazando “efectos sustraídos” por “provenientes de contrabando”. Si se tiene en cuenta que

los bienes contrabandeados tienen origen lícito, debió decir mercadería que fueren objeto de contrabando.

A diez años de la ley 26683, como señala Hernán Blanco en un reciente trabajo<sup>[1120]</sup> siguen subsistiendo los problemas interpretativos. Estas cuestiones me llevan a insistir que no se debe encarar una reforma aislada del lavado de activos para corregir tal o cual cuestión, sino que se requiere una reforma sistemática e integral de la criminalidad económica que comprenda los delitos afines y ensaye una mayor precisión a través de los bienes jurídicos tutelados en cada una de ellas, a fin de poder resolver su aplicación. Así, la “Renta Pública” para la evasión tributaria, el “control sobre las importaciones y/o exportaciones” para el contrabando, y elaborar para el “Lavado de Activos” un bien jurídico con mayor precisión conceptual que el “Orden económico y financiero”, que en cierta forma supera al Derecho Penal, pues se entremezcla con operaciones financieras, mercantiles. Su amplitud complica y plantea diferentes interpretaciones.

Es importante para su eficacia que la ley se aplique, no que los cuestionamientos subsistan en distintas jurisdicciones y se siga prolongando indefinidamente la discusión sobre su alcance. Además, los yerros legislativos provocan fallos que como dije al inicio, dejan mal parados a los jueces, generando un escepticismo sobre la administración de justicia.

El último proyecto de reforma del Código Penal, que el 25 de marzo de 2019 se presentó en el Congreso, fue una oportunidad desperdiciada, pues incluyó en dicho cuerpo todos los delitos conexos, que se encontraban en leyes especiales y no obstante que la jurisprudencia ya había puesto de resalto problemas de interpretación sobre su alcance, se limitó a su incorporación manteniendo su estructura típica. Tuvo la oportunidad pero no lo hizo, No se trataba de incluirlos con fórceps en un solo cuerpo legal, sino aprovechar para agruparlos y ordenarlos con sus respectivos bienes jurídicos. Si a lo expuesto, se agrega que

algunos de los delitos conexos, como el contrabando y la evasión tributaria, admiten dos ámbitos o niveles de ilicitud: delitos e infracciones, el panorama resulta más que complejo. Entiendo que se debió tomar lo andado por la jurisprudencia y ante dos o más enfoques, bajar línea a través de la ley, por ejemplo: definir que es delito y que es infracción, el concepto de mercadería, resolver las superposiciones entre el lavado de activos, el contrabando de dinero, el encubrimiento de dinero con la infracción de tenencia en plaza de mercadería extranjera, que como señalara precedentemente, lleva a situaciones controvertidas.

No puedo terminar sin hacer una aclaración. Una cosa son los errores de la ley y otra muy distinta es la interpretación motivada por intereses políticos de ciertos jueces que en sus fallos le hacen decir a la ley lo que no dice. Ello ocurre en Argentina, frente a la investigación judicial de numerosos casos de corrupción del Estado, seguidos por asociación ilícita y lavado de dinero, pero ello será tratado por otros expositores.

---

\* *Presidente de la AMFJN.*

\* *Juez de Instrucción en lo Penal Económico a cargo del Juzgado n° 8 de ese Fuero.*

\*\* *Abogado especialista en derecho penal. Docente universitario.*

[1] Gustavo Darío Meirovich, Juez de Instrucción en lo Penal Económico a cargo del Juzgado n° 8 de ese Fuero.

[2] Gustavo Darío Meirovich: “El escenario más relevante lo encontré como Juez de instrucción, sin desmerecer mi paso de 7 años por la Defensoría oficial, y mis 15 como secretario en una Fiscalía. Estos 13 años como Juez de Instrucción”.

\* *Ampliación de mi ponencia en la jornada inaugural del curso, organizado por la Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia Nacional Argentina, sobre Lavado de dinero y evidencia digital. Este artículo se integra en el proyecto PID2021-126422OB-I00 (AEI/FEDER, UE), financiado por la Agencia Estatal de Investigación (Ministerio de Ciencia e Innovación) y la Unión Europea: Blanqueo de dinero, mundo digital, reformas de 2021 y la posibilidad de un Derecho penal europeo.*

\*\* *Presidente de la Asociación Iberoamericana de Derecho Penal Económico y de la Empresa, Director del Departamento de Derecho Público Especial y de la Empresa de la Universidad de Santiago de Compostela, catedrático acr. de Derecho penal, premio extraordinario fin de carrera y de doctorado.*

*El COVID ha incrementado la cibercriminalidad, especialmente los fraudes de productos médicos para combatirla u otros fraudes online, y las ofertas de trabajo a blanqueadores. Pero ya la Directiva 2018/1673 obligaba a los estados a garantizar que los nuevos riesgos de las monedas virtuales se abordasen adecuadamente y tanto la Directiva 2015/849 como la 2018/843 exigían continuas adaptaciones del marco legal para responder a las amenazas del uso de las nuevas tecnologías en el blanqueo.*

[3] *Vid. Directiva (UE) 2018/1673 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2018, relativa a la lucha contra el blanqueo de capitales mediante el Derecho penal, en Diario Oficial de la Unión Europea, L 284, 12 de noviembre de 2018, pp. 22-30.*

[4] Considerando 6.

[5] *Vid. Directiva (UE) 2015/849 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2015, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo y por la que se modifica el Reglamento (UE) n° 648/2012 del Parlamento Europeo y*

del Consejo y se derogan la Directiva 2005/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y la Directiva 2006/70/CE de la Comisión, en *Diario Oficial de la Unión Europea*, L 141, 5 de junio de 2015, pp. 73-117.

[6] Considerando 28.

[7] *Vid. Directiva (UE) 2018/843 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de mayo de 2018, por la que se modifica la Directiva (UE) 2015/849 relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo, y por la que se modifican las Directivas 2009/138/CE y 2013/36/UE*, en *Diario Oficial de la Unión Europea*, L 156, 19 de junio de 2018, pp. 43-74.

[8] Considerando 6.

[9] *Cfr.* art. 65, modificado.

[10] FERNÁNDEZ TERUELO, J.G., “Prólogo”, en FERNÁNDEZ VILLAZÓN, L.A. (coord.), *Derecho y nuevas tecnologías*, Civitas/Thomson Reuters, Cizur Menor, 2020, p. 27.

[11] GÓMEZ INIESTA, D.J., “El uso de las tarjetas de prepago para el blanqueo y la financiación terrorista y la Directiva 843/2018”, en ABEL SOUTO, M./LORENZO SALGADO, J.M./SÁNCHEZ STEWART, N. (coords.), VII congreso sobre prevención y represión del blanqueo de dinero, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p. 325.

[12] *Ibidem.*

[13] *Vid.* DONNA, S.A., “*Fintech* y responsabilidad penal del *compliance officer* por omisión”, en *Derecho Penal Económico*, 2021-1, COVID y sus consecuencias jurídico-económicas I, pp. 197-238.

[14] *Cfr.* <http://www.epitoch-it.es>; <http://www.iebschool.com> (septiembre de 2022).

[15] LEVI, M., “*Crimes of globalisation: some measurement issues*”, en JOUTSEN, M. (ed.), *New types of crime. Proceedings of the international seminar held in connection with HEUNI’s thirtieth anniversary Helsinki 20 october 2011*, Heuni, Helsinki, 2012, p. 107. En el mismo sentido se ha pronunciado recientemente FERNÁNDEZ GARCÍA, G., “Los riesgos de las nuevas tecnologías para el blanqueo y el necesario mantenimiento de las ventajas de los avances tecnológicos en la financiación alternativa y el emprendimiento social”, en ABEL SOUTO, M./LORENZO SALGADO, J.M./SÁNCHEZ STEWART, N. (coords.), VIII congreso internacional sobre prevención y represión del blanqueo de dinero, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, apartado 1.

[16] *Vid.* ABEL SOUTO, M., “*Money laundering, COVID-19 and new technologies*”, en ARLACCHI, P./SIDOTI, F. (eds.), *Financial crime, money laundering and asset recovery. Global trends, theoretical issues and case studies*, *International Forum on Crime and Criminal Law*, Alma, Craiova, 2021, pp. 23-50.



- [17] Vid. ABEL SOUTO, M., El delito de blanqueo en el Código penal español. Bien jurídico protegido, conductas típicas y objeto material tras la Ley orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, Bosch, Barcelona, 2005, pp. 21-89.
- [18] Vid. FINKLEA, K.M., "Organized crime in the United States: trends and issues for congress", en *Journal of Current Issues in Crime, Law & Law Enforcement*, vol. 2, nº 1, 2009, pp. 9-40.
- [19] Vid. FISHER, J., "The vulnerability of her majesty's revenue & customs to penetration by criminal actors", en *Journal of Money Laundering Control*, vol. 15, nº 2, 2012, pp. 153-161.
- [20] Cfr. PIETH, M., "Internationale Harmonisierung von Strafrecht als Antwort auf transnationale Wirtschaftskriminalität", en *Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft*, nº 4, 1997, p. 756.
- [21] Cfr. PÉREZ ESTRADA, M.J., "La investigación del delito a través de las nuevas tecnologías. Nuevos medios de investigación en el proceso penal", en CUESTA ARZAMENDI, J.L. DE LA (dir.), *Derecho penal informático*, Civitas/Thomson Reuters/Aranzadi, Cizur Menor, 2010, p. 305.
- [22] GAMERO CASADO, E., "El objeto de la Ley 18/2011 y su posición entre las normas relativas a las tecnologías de la información", en EL MISMO AUTOR/VALERO TORRIJOS, J. (coords.), *Las tecnologías de la información y la comunicación en la Administración de Justicia. Análisis sistemático de la Ley 18/2011, de 5 de julio*, Thomson Reuters/Aranzadi, Cizur Menor, 2012, p. 48.
- [23] *Ibidem.*
- [24] Cfr. MIRÓ LLINARES, F., "La oportunidad criminal en el ciberespacio. Aplicación y desarrollo de la teoría de las actividades cotidianas para la prevención del cibercrimen", en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 13-07, 2011 pp. 13 y 38.
- [25] MATA BARRANCO, N.J. DE LA, "Ilícitos vinculados al ámbito informático: la respuesta penal", en CUESTA ARZAMENDI, J.L. DE LA, *op. cit.*, p. 21.
- [26] PONTE, C. DEL, "L'impegno internazionali nell'applicazione della normativa antiriciclaggio nel settore finanziario", en PALOMBI, E. (a cura di), *Il riciclaggio dei proventi illeciti. Tra politica criminale e diritto vigente*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1996, p. 242.
- [27] Cfr. PIETH, M., "Internationale Harmonisierung...", *cit.*, p. 757.
- [28] VELASCO SAN MARTÍN, C., *La jurisdicción y competencia sobre delitos cometidos a través de sistemas de cómputo e internet*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, p. 75.
- [29] SANDYWELL, B., "On the globalisation of crime: the internet and new criminality", en JEWKES, Y./YAR, M., *Handbook of internet crime*, Willan Publishing, Devon/Portland, 2010, p. 46.
- [30] PÉREZ ESTRADA, M.J., *op. cit.*, p. 306.

[31] Cfr. FERNÁNDEZ TERUELO, J.G., *Ciberdelitos*. Los delitos cometidos a través de *internet*, Constitutio Criminalis Carolina, Oviedo, 2007, pp. 155 y 158; DEL MISMO AUTOR, *Derecho penal e internet*, Lex Nova, Valladolid, 2011, pp. 231 y 234.

[32] Cfr. *Financial Action Task Force (FATF) Report. Money laundering using new payment methods, october 2010*, en <http://www.fatf-gafi.org>, p. 7, §1 y p. 9, §18 (septiembre de 2022).

[33] Cfr. FERNÁNDEZ TERUELO, J.G., *Ciberdelitos*, *cit.*, p. 158; DEL MISMO AUTOR, *Derecho penal...*, *cit.*, p. 234; MATA BARRANCO, N.J. DE LA, *op. cit.*, p. 19; MIRÓ LLINARES, F., *op. cit.*, pp. 12, 13, 25 y 26; VELASCO SAN MARTÍN, C., *op. cit.*, p. 75.

[34] GÓMEZ INIESTA, D.J., “El uso de las monedas virtuales y el dinero electrónico en el delito de blanqueo y la directiva 843/2018”, en ABEL SOUTO, M./LORENZO SALGADO, J.M./SÁNCHEZ STEWART, N., VIII congreso..., *cit.*, apartado 1.

[35] Cfr. *FATF, Money laundering using new...*, *cit.*, p. 7, §5.

[36] Vid. GLESS, S., “*Strafverfolgung im Internet*”, en *Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht*, vol. 130, nº 1, 2012, pp. 3-22.

[37] Cfr. MATA BARRANCO, N.J. DE LA, *op. cit.*, pp. 19, 20, 26 y 28.

[38] GAMERO CASADO, E., *op. cit.*, p. 50.

[39] Vid. PÉREZ ESTRADA, M.J., *op. cit.*, pp. 307, 309 y 311-317.

[40] Vid. ANGELINI, D./GIBSON, S., “*Organized crime and technology*”, en *Journal of Security Education*, vol. 2, nº 4, 2007, pp. 65-73.

[41] GLESS, S., *op. cit.*, p. 22.

[42] Cfr. GÓMEZ TOMILLO, M., *Responsabilidad penal y civil por delitos cometidos a través de internet*. Especial consideración del caso de los proveedores de contenidos, servicios, acceso y enlaces, 2ª ed., Thomson/Aranzadi, Cizur Menor, 2006, p. 189.

[43] Cfr. *FATF, Money laundering using new...*, *cit.*, p. 21, §§58 y 61.

[44] GÓMEZ INIESTA, D.J., “El uso de las monedas virtuales...”, *cit.*, apartado 2.

[45] Cfr. MATA BARRANCO, N.J. DE LA, *op. cit.*, p. 16.

[46] *Ibidem*.

[47] Cfr. GÓMEZ INIESTA, D.J., “El uso de las monedas virtuales...”, *cit.*, apartados 1 y 2.

[48] Vid. MARTÍNEZ ARRIBAS, F., “El uso de la informática para la prevención del blanqueo según el Reglamento europeo 2015/847 y la eventual vulneración

de principios y derechos reconocidos en la Constitución Española y la Carta de Derechos Fundamentales”, en ABEL SOUTO, M./SÁNCHEZ STEWART, N. (coords.), VI congreso internacional sobre prevención y represión del blanqueo de dinero, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 125-142.

[49] *Vid. The money laundering officer’s practical handbook 2011, Compliance training products limited, Cambridge, 2011, pp. 37-39 y 54.*

[50] *Cfr. <http://www.iebschool.com> (septiembre de 2022).*

[51] *Cfr. <http://www.ciberseguridad.com> (septiembre de 2022).*

[52] GÓMEZ INIESTA, D.J., “El uso de las tarjetas de prepago...”, *cit.*, p. 304, nota 24.

[53] Considerando 22.

[54] *Cfr. GÓMEZ INIESTA, D.J., “El uso de las tarjetas de prepago...”, cit., pp. 296 y 319.*

[55] *Cfr. FATF, Money laundering using new..., cit., p. 12, §29 y notas 7 y 8.*

[56] FERNÁNDEZ GARCÍA, G., *op. cit.*, apartado 2.

[57] *Ibidem.*

[58] GÓMEZ INIESTA, D.J., “El uso de las monedas virtuales...”, *cit.*, apartado 1.

[59] FERNÁNDEZ GARCÍA, G., *op. cit.*, apartado 6.

[60] *Ibidem.*

[61] BOARD OF GOVERNORS OF THE FEDERAL RESERVE SYSTEM, *Report to the Congress on Government-Administered, General-Use Prepaid Cards*, BOG, Washington, 2019, p. 1.

[62] *Cfr. GÓMEZ INIESTA, D.J., “El uso de las tarjetas de prepago...”, cit., p. 300.*

[63] *Cfr. FATF, Money laundering using new..., cit., pp. 12 y 13, cuadro 1, p. 15, nota 17 y p. 20, cuadro 5.*

[64] LORENZO SALGADO, J.M., “El blanqueo de dinero procedente de los delitos descritos en los artículos 368 a 372 del CP y las nuevas tendencias de financiación del terrorismo advertidas por las directivas de 2018”, en ABEL SOUTO, M./LORENZO SALGADO, J.M./SÁNCHEZ STEWART, N., VII congreso..., *cit.*, p. 461.

[65] Considerando 4.

[66] *Ibidem.*

[67] *Cfr. FATF, Money laundering using new..., cit., p. 20, §57 y nota 33.*

- [68] Sobre los problemas relativos a la detección de ordenadores desde los que se accede a *internet* vid. PALOMO DEL ARCO, A., “Delitos contra la propiedad intelectual: investigación a través de las nuevas tecnologías”, en MATA Y MARTÍN, R.M. (dir.), *La propiedad intelectual en la era digital. Límites e infracciones a los derechos de autor en internet*, La Ley, Madrid, 2011, pp. 281-286.
- [69] Cfr. MATA BARRANCO, N.J. DE LA, *op. cit.*, p. 19, nota 10.
- [70] GÓMEZ INIESTA, D.J., “El uso de las monedas virtuales...”, *cit.*, apartado 1.
- [71] Cfr. *FATF, Money laundering using new...*, *cit.*, pp. 20 y 21, nota 34.
- [72] Cfr. GÓMEZ INIESTA, D.J., “El uso de las monedas virtuales...”, *cit.*, apartado 2.
- [73] Cfr. MIRÓ LLINARES, F., *op. cit.*, p. 13.
- [74] *Ibidem.*
- [75] Vid. GÓMEZ INIESTA, D.J., “El uso de las monedas virtuales...”, *cit.*, nota 25.
- [76] Cfr. recomendación 13ª, *Financial Action Task Force on Money Laundering, Annual Report 1995-1996 (FATF-VII)*, en <http://www.oecd.org/fatf/annual95.htm>, anexo 1 (septiembre de 2022).
- [77] Cfr. *FATF-VII, cit.*, *Reviewing money laundering methods and counter-measures*, p. 8, §24.
- [78] Vid. *Annex 1 to the Financial Action Task Force on Money Laundering, Annual Report 1996-1997 (FATF-VIII)*, en <http://www.oecd.org/fatf/rep96-97.htm>, *Report on typologies-Issues concerning new payment technologies*, pp. 25-27, §§17-19 y 21-29 (septiembre de 2022).
- [79] Cfr. *Issues concerning new payment technologies, cit.*, pp. 28, 29 y 31, §§31, 32, 34, 36, 37 y 45.
- [80] Cfr. “*Frequently asked questions: the new european cybercrime centre*”, en <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=MEMO/12/221>, Bruselas, 28 de marzo de 2012, p. 1.
- [81] Vid. SCHUDELARO, T., “*Electronic payment systems and money laundering: beyond the internet hype*”, en *Global Journal on Crime & Criminal Law*, vol. 10, nº 1, 2006, pp. 47-72.
- [82] Cfr. *Financial Action Task Force on Money Laundering 1997-1998 (FATF-IX) Report on money laundering typologies*, en <http://www.oecd.org/fatf/fatfix.htm>, pp. 4 y 16, §§11 y 72 (septiembre de 2022).
- [83] Vid. BLUM, J.A./LEVI, M./NAYLOR, R.T./WILLIAMS, P., *Refugios financieros, secreto bancario y blanqueo de dinero*, Naciones Unidas, Nueva

York, 1999, pp. 52-57, con reproducción de los anuncios que el “Banco de la Unión Europea” incluyó en *intenet*; MARTIN, D., *La criminalité informatique. Cyber-crime: sabotage, piratage, etc., évolution et répression*, Presses Universitaires de France, Paris, 1997, pp. 38 y 39.

[84]

Cfr. “Bruselas propone crear un centro europeo contra la cibercriminalidad”, en *Gaceta Informativa, Lex Nova*, nº 436, 28 de marzo de 2012, <http://www.lexdiario.es/noticias/119713/bruselas->, p. 1; COMISIÓN EUROPEA, “Un centro europeo contra la delincuencia informática para luchar contra los delincuentes en línea y proteger a los consumidores que utilizan *internet*”, en <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/12/317>, p. 1; “*Frequently..*”, *cit.*, p. 1.

[85]

Cfr. FUNDACIÓN ORANGE, eEspaña. Informe anual 2012 sobre el desarrollo de la sociedad de la información en España, en [www.fundacionorange.es](http://www.fundacionorange.es), p. 9.

[86]

Cfr. ABEL SOUTO, M., “*Money laundering, COVID-19...*”, *cit.*, p. 39.

[87]

Cfr. GALEANO, S., “El número de usuarios de internet en el mundo crece un 7’3% y alcanza los 4.600 millones (2021)”, en <http://www.marketing4ecommerce.net> (septiembre de 2022).

[88]

Cfr. *Financial Action Task Force. Report on new payment methods, 13 october 2006*, en <http://www.fatf-gafi.org>, p. 25.

[89]

Vid. *Financial Action Task Force. Money laundering & terrorist financing vulnerabilities of commercial websites and internet payment system, 18 june 2008*, en <http://www.fatf-gafi.org>, pp. 1-39 (septiembre de 2022).

[90]

Vid. *FATF, Money laundering using new...*, *cit.*, pp. 1-117.

[91]

Vid. BALDWIN, Jr./FLETCHER, N., “*The financing of terror in the age of the internet: wilful blindness, greed or a political statement?*”, en *Journal of Money Laundering Control*, vol. 8, nº 2, diciembre de 2004, pp. 125-158.

[92]

Cfr. *FATF, Money laundering using new...*, *cit.*, pp. 8, 10, 15 y 16, §§9, 23, 36 y 37.

[93]

Cfr. GÓMEZ INIESTA, D.J., “El uso de las tarjetas de prepago...”, *cit.*, p. 299.

[94]

Vid. *FATF, Money laundering using new...*, *cit.*, pp. 37 y 38, casos 1 a 5.

[95]

Vid. *FATF, Money laundering using new...*, *cit.*, pp. 41 y 42, casos 16 a 24, p. 44, casos 28 y 29, pp. 46 y 47.

[96]

GÓMEZ INIESTA, D.J., “El uso de las tarjetas de prepago...”, *cit.*, p. 303.

[97]

Cfr. GÓMEZ INIESTA, D.J., “El uso de las tarjetas de prepago...”, *cit.*, pp. 304 y 305.

[98]

Cfr. considerando 14.

- [99] *Ibidem.*
- [100] Art. 12.1, letra a).
- [101] Art. 12.1, letra b).
- [102] Cfr. art. 12.2.
- [103] GÓMEZ INIESTA, D.J., “El uso de las tarjetas de prepago...”, *cit.*, p. 329.
- [104] *Ibidem.*
- [105] Cfr. PEREIRA MENAUT, A.-C., “Puede la lucha contra el blanqueo de dinero producir nihilismo jurídico?”, en ABEL SOUTO, M./SÁNCHEZ STEWART, N., VI congreso..., *cit.*, p. 117.
- [106] Cfr. GÓMEZ INIESTA, D.J., “El uso de las tarjetas de prepago...”, *cit.*, pp. 326, 328 y 330.
- [107] Considerando 15.
- [108] Cfr. FERNÁNDEZ GARCÍA, G., *op. cit.*, apartado 2.
- [109] Art. 7, apartado 8.
- [110] GÓMEZ INIESTA, D.J., “El uso de las tarjetas de prepago...”, *cit.*, p. 325.
- [111] *Ibidem.*
- [112] Vid. PHILIPPSOHN, S., “*Money laundering on the internet*”, en *Computer & Security*, vol. 20, nº 6, 2001, pp. 485-490; PING, H., “*New trends in money laundering - From the real world to cyberspace*”, en *Journal of Money Laundering Control*, vol. 8, nº 1, 2004, pp. 48-55; YAN, L./AI, L./TANG, J., “*Risk-based AML regulation on internet payment services in China*”, en *Journal of Money Laundering Control*, vol. 14, nº 1, 2011, pp. 93-101.
- [113] Cfr. FATF, *Money laundering using new...*, *cit.*, p. 17, §§44 y 47.
- [114] Vid. FILIPKOWSKI, W., “*Cyber laundering: an analysis of typology and techniques*”, en *International Journal of Criminal Justice Sciences*, vol. 3, nº 1, 2008, pp. 15-27.
- [115] Vid. HUMMEL, M.L., “*Internet terrorism*”, en *Homeland. Security Review*, vol. 2, nº 2, summer 2008, pp. 117-130; SOUZA, J.D., *Terrorist financing, money laundering, and tax evasion. Examining the performance of financial intelligence Units*, CRC Press, Boca Raton, 2012.
- [116] Cfr. FATF, *Money laundering using new...*, *cit.*, pp. 8 y 10, §§9 y 23.
- [117] Vid. PHILIPPSOHN, S., “*The dangers of new technology - Laundering on the internet*”, en *Journal of Money Laundering Control*, vol. 5, nº 1, pp. 87-95
- [118] Vid. WATTERS, P.A., “*A methodology for analyzing the credential marketplace*”, en *Journal of Money Laundering Control*, vol. 14, nº 1, 2011, pp.

32-43.

[119] Vid. MATA Y MARTÍN, R., “El robo de identidad: ¿una figura necesaria?”, en ALAMILLO DOMINGO, I. y otros, *Robo de identidad y protección de datos*, Aranzadi, Cizur Menor, 2010, pp. 199-220.

[120] Cfr. FERNÁNDEZ TERUELO, J.G., *Ciberdelincuencia*, cit., p. 159; DEL MISMO AUTOR, *Derecho penal...*, cit., p. 234; VELASCO SAN MARTÍN, C., *op. cit.*, p. 75.

[121] Vid. ATTA-ASAMOAH, A., “Understanding the west african cyber crime process”, en *African Security Review*, vol. 18, nº 4, december 2009, pp. 106-114.

[122] Cfr. FATF, *Money laundering using new...*, cit., pp. 38-40, casos 6 a 12.

[123] Vid. FATF, *Money laundering using new...*, cit., p. 43, casos 25 a 27, pp. 44 y 45, casos 30 a 33; SOUZA, J.D'., *op. cit.*, pp. 78-87.

[124] Cfr. INTERPOL, *COVID-19 pandemic. Guidelines for law enforcement*, 26 march 2020, en <http://www.interpol.int>, pp. 14-16 (septiembre de 2022).

[125] GAFILAT, *Statement on COVID-19 and its associated ML and FT risk*, 8 april 2020, en <http://www.gafilat.org>, p. 3 (septiembre de 2022).

[126] Cfr. ABEL SOUTO, M., “Money laundering, COVID-19...”, cit., p. 24.

[127] *Ibidem*.

[128] Cfr. FATF, *Money laundering using new...*, cit., pp. 8 y 10, §§9 y 23.

[129] Cfr. FATF, *Money laundering using new...*, cit., p. 18, §§51 y 52 y nota 29.

[130] Vid. <http://www.arketfinder.thinkwi-thgoogle.com> (septiembre de 2022).

[131] Cfr. FATF, *Money laundering using new...*, cit., p. 10, §23 y nota 5, p. 18, §52, p. 19, nota 31, p. 26, §80, p. 37, §123 y p. 40, casos 13 a 15.

[132] Cfr. ABEL SOUTO, M., “Money laundering, COVID-19...”, cit., p. 41.

[133] Cfr. Financial Action Task Force (FATF), *International standards on combating money laundering and the financing of terrorism & proliferation. The FATF recommendations, february 2012*, en <http://www.fatf-gafi.org>, p. 17.

[134] Vid. FATF, *International standards...*, cit., pp. 71-76.

[135] Cfr. “Las nuevas recomendaciones del GAFI: presentación”, en <http://www.controlcapital.net/noticia/991>, 27 de febrero de 2012, p. 2.

[136] Vid. FATF, *Guidance for a risk-based approach. Prepaid cards, mobile payments and internet-based payment services, june 2013*, en <http://www.fatf-gafi.org> (septiembre de 2022).

[137] Vid. FATF, *Report. Virtual currencies. Key definitions and potential AML/CTF risks, june 2014*, en <http://www.fatf-gafi.org> (septiembre de 2022).

[138] Vid. FATF, *Guidance for a risk-based approach virtual currencies, june 2015*, en <http://www.fatf.gafi.org> (septiembre de 2022).

[139] Vid. GAFI, “Regulación de activos virtuales”, París, 2018, en <http://www.fatf.gafi.org> (agosto de 2021).

[140] Cfr. FATF, *Guidance for a risk-based approach. Virtual assets...*, *cit.*, pp. 4, 55 y 56.

[141] Cfr. HUILLET, M., “El GAFI publicará nuevas reglas para el criptosector mundial que afectan a los *exchanges*, fondos y custodios”, en <http://www.es.coin-telegraph>, 2019, p.1.

[142] Vid. ABEL SOUTO, M., “*Money laundering, COVID-19...*”, *cit.*, p. 40.

[143] Cfr. considerando 8 y nuevas letras g) y h) del art. 2.

[144] LORENZO SALGADO, J.M., “El blanqueo de dinero...”, *cit.*, p. 460.

[145] *Ibidem.*

[146] Vid. ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, C., “El *bitcoin* como instrumento y objeto de delitos”, en *Cuadernos de Política Criminal*, II, nº 131, septiembre de 2020, pp. 75-103.

[147] Cfr. GÓMEZ INIESTA, D.J., “El uso de las monedas virtuales...”, *cit.*, apartado 2.

[148] Cfr. considerandos 10 y 11.

[149] Cfr. LORENZO SALGADO, J.M., “El blanqueo de dinero...”, *cit.*, p. 461, nota 64.

[150] Cfr. GÓMEZ INIESTA, D.J., “El uso de las monedas virtuales...”, *cit.*, apartado 3 c).

[151] *Ibidem.*

[152] Cfr. GÓMEZ INIESTA, D.J., “El uso de las monedas virtuales...”, *cit.*, apartado 3 c).

[153] Cfr. LORENZO SALGADO, J.M., “El blanqueo de dinero...”, *cit.*, p. 461.

[154] *Ibidem.*

[155] Vid. FATF, *Guidance for a risk-based approach. Virtual assets and virtual asset service providers, june 2019*, en <http://www.fatf-gafi.org>, pp. 1-57 (septiembre de 2022).

[156] GÓMEZ INIESTA, D.J., “El uso de las monedas virtuales...”, *cit.*, apartado 4.

[157] *Ibidem.*



[158] GÓMEZ INIESTA, D.J., “El uso de las monedas virtuales...”, *cit.*, apartado 3 b).

[159] *Ibidem.*

[160] *Vid. Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo*, BOE nº 103, 29 de abril de 2010, pp. 37458-37499.

[161] *Vid. Real decreto-ley 7/2021, de 27 de abril, de transposición de directivas de la Unión Europea en las materias de competencia, prevención del blanqueo de capitales, entidades de crédito, telecomunicaciones, medidas tributarias, prevención y reparación de daños medioambientales, desplazamiento de trabajadores en la prestación de servicios transnacionales y defensa de los consumidores*, BOE nº 101, 28 de abril de 2021, apartado III, pp. 49752-49754, y art. 3, pp. 49788-49803.

[162] Apartado 5 del art. 1 de la Ley 10/2010, incorporado por el Real decreto-ley 7/2021, cuya redacción únicamente se diferencia del apartado 18 del art. 3 de la Directiva en el irrelevante singular “moneda virtual”, en el uso de la disyuntiva “o” antes de “autoridad”, la posición del adverbio “legalmente”, el añadido de una cópula y un artículo en “y que no posee el estatuto jurídico”, el cambio de “pero aceptada por personas físicas o jurídicas” por “que es aceptada”, la sustitución de tres infinitivos por participios y la utilización del adverbio “electrónicamente” en vez de la locución “por medios electrónicos”. Ninguno de estos cambios estilísticos, meramente formales, altera el contenido de la definición.

[163] Apartado 7 del art. 1 de la Ley 10/2010, incorporado por el Real decreto-ley 7/2021. En este caso el legislador español, tal vez por aparentar que ha hecho algún trabajo en la transposición, cambia el singular “proveedor”, del apartado 19 del art. 3 de la Directiva, por el plural “proveedores”, con las obligadas concordancias del sustantivo “entidades”, a las que añade alternativamente las personas físicas, y el verbo “prestan”, suprime una coma y a la “salvaguardia” le añade “o custodia”.

[164] Art. 1, apartado 7, de la Ley 10/2010, incorporado por el Real decreto-ley 7/2021.

[165] FERNÁNDEZ TERUELO, J.G., “Evolución del Derecho penal económico europeo”, en ABEL SOUTO, M./LORENZO SALGADO, J.M./SÁNCHEZ STEWART, N., VIII congreso..., *cit.*, apartado 4.

[166] LORENZO SALGADO, J.M., “El blanqueo de dinero...”, *cit.*, p. 460.

[167] NAVARRO CARDOSO, F., “Criptomonedas (en especial, bitcoin) y blanqueo de dinero”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 21-14, 2019, p. 28.

[168] Considerando 9.

[169] FERNÁNDEZ GARCÍA, G., *op. cit.*, apartado 4.

[170] Sobre el SEPBLAC y su máxima calificación internacional *vid.* LORENZO SALGADO, J.M., “El blanqueo de dinero...”, *cit.*, pp. 460 y 461, nota 63. *Vid.* también *FATF, Consolidated assessment ratings*, en <http://www.fatf-gafi.org> (febrero de 2021).

[171] En torno a la eficacia del sistema español de lucha contra el blanqueo *vid.* ABEL SOUTO, M., “*FATF’s most compliant countries. Spain’s technical compliance and effectiveness: lessons for least compliant jurisdictions*”, en *De Legibus*, 2021, pp. 1-22.

[172] Considerando 9.

[173] *Ibidem.*

[174] *Cfr.* recomendación 23<sup>a</sup>, *FATF-I, cit.*, p. 20; recomendación 22<sup>a</sup>, *FATF-VII, cit.*, anexo 1; recomendación 32<sup>a</sup>, *FATF, International standards..., cit.*, p. 25.

[175] *Cfr.* *FATF, Report. Money laundering through the physical transportation of cash, october 2015*, en <http://www.fatf-gafi.org>, p. 3 (septiembre de 2022).

[176] *Cfr.* *FATF-VII, cit., annex 3, 1995-1996 Report on Money Laundering Typologies*, p. 5, §22. *Vid.* *FATF-IX, 1997-1998 Report on Money Laundering Typologies*, p. 8, §33; *Annexes to the 1997-1998 FATF Report on Money Laundering Typologies, Selected cases of money laundering*, caso 3, pp. 21 y 22; *FATF, Money laundering using new..., cit.*, pp. 46 y 47, §§132-136.

[177] *Cfr.* VARESE, F., “*How mafias take advantage of globalization. The russian mafia in Italy*”, en *The British Journal of Criminology*, vol. 52, n<sup>o</sup> 2, marzo de 2012, p. 242.

[178] *Cfr.* BLANCO CORDERO, I., *El delito de blanqueo de capitales*, 4<sup>a</sup> ed., Thomson Reuters/Aranzadi, Cizur Menor, 2015, p. 73.

[179] *Cfr.* CHINCHILLA, A., *op. cit.*, p. 149

[180] *Cfr.* COLLADO MEDINA, J., *op. cit.*, p. 485; JURADO, N./GARCÍA, R., *op. cit.*, p. 167.

[181] *Cfr.* CHINCHILLA, A., *op. cit.*, pp. 139, 153 y 154.

[182] *Cfr.* CLOUGH, J., *Principles of cybercrime*, Cambridge University Press, Cambridge, 2010, pp. 187 y 188.

[183] *Cfr.* ABEL SOUTO, M., “*Money laundering, COVID-19...*”, *cit.*, p. 24.

[184] *Cfr.* *FATF, Money laundering using..., cit.*, p. 46, §132.

[185] *Cfr.* recomendación 25<sup>a</sup>, *FATF-I, cit.*, p. 21; recomendación 24<sup>a</sup>, *FATF-VII, cit.*, anexo 1.

[186] *Cfr.* *FATF, International standards..., cit.*, p. 25 y nota interpretativa a la recomendación 32<sup>a</sup>, pp. 99-102.

[187] *Instrumento de ratificación de la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción, hecha en Nueva York el 31 de octubre de 2003*, en BOE, nº 171, de 19 de julio de 2006, p. 27137, art. 14.2.

[188] *Ibidem.*

[189] Considerando 2.

[190] Cfr. letra g) del art. 65.1.

[191] Cfr. JURADO, N./GARCÍA, R., *op. cit.*, p. 172.

[192] Cfr. “Aprobadas las medidas para la lucha contra el fraude fiscal”, en <http://www.lamoncloa.es/ConsejodeMinistros>, viernes, 22 de junio de 2012.

[193] Cfr. BORE, N., “El gobierno no aclara cómo controlará el pago en efectivo”, en *La Voz de Galicia*, viernes, 13 de abril de 2012, p. 34.

[194] Cfr. CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, Informe al anteproyecto de Ley de modificación de la normativa tributaria y presupuestaria y de adecuación de la normativa financiera para la intensificación de las actuaciones de prevención y lucha contra el fraude, 31 de mayo de 2012, en <http://www.poderjudicial.es>, pp. 4 y 5.

[195] Cfr. *Ley 11/2021, de 9 de julio, de medidas de prevención y lucha contra el fraude fiscal, la transposición de la Directiva UE/2016/1164, del Consejo, de 12 de julio de 2016, por la que se establecen normas contra las prácticas de elusión fiscal que inciden directamente en el funcionamiento del mercado interior, de modificación de diversas normas tributarias y en materia de regulación del juego*, en BOE nº 164, de 10 de julio de 2021, p. 82657, art. 18.

[196] Cfr. ABEL SOUTO, M., “*Money laundering, COVID-19...*”, *cit.*, p. 41.

[197] Cfr. PIETH, M., “*Zur Einführung: Geldwäscherei und ihre Bekämpfung in der Schweiz*”, en EL MISMO AUTOR (ed.), *Bekämpfung der Geldwäscherei: Modellfall Schweiz?, Helbing & Lichtenhahn, Basel und Frankfurt am Main, Schäffer-Poeschel, Stuttgart*, 1992, p. 27. Así también cfr. DIETZI, H., “*Der Bankangestellte als eidgenössisch konzessionierter Sherlock Holmes? Der Kampf gegen die Geldwäscherei aus der Optik des Ersten Rechtskonsulenten einer Grossbank*”, en PIETH, M., *Bekämpfung der Geldwäscherei...*, *cit.*, p. 90; HOLZINGER, L., *Weissbuch Schwarzgeld. Geldwaschen in Österreich*, Promedia, Wien, 1994, pp. 19 y 20.

[198] Cfr. GONZÁLEZ CUSSAC, J.L./VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, F., “Presentación”, en LOS MISMOS AUTORES (eds.), *Derecho penal y coronavirus*, Tirant lo Blanch, Bogotá, 2022, p. 12.

[199] GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., “Pandemia, desinformación y verdad en Derecho penal”, en GONZÁLEZ CUSSAC, J.L./VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, F., *op. cit.*, p. 13.

[200] Cfr. POSADA MAYA, R., “Principales manifestaciones criminales durante la pandemia del SARS-COV-2 en Colombia”, en GONZÁLEZ CUSSAC,

J.L./VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ F., *op. cit.*, p. 70.

[201]

LLEDÓ BENITO, I., *El Derecho penal, robots, IA y cibercriminalidad: desafíos éticos y jurídicos ¿Hacia una distopía?*, Dykinson, Madrid, 2022, p. 17.

[202]

*Cfr.* DOUGLAS HEAVEN W., "IA para perseguir el blanqueo de capitales en tiempos de coronavirus", en <https://technologyreview.es>, 2020, pp. 1 y 3 (septiembre de 2022).

\* *Abogado Postulante, Doctor en Ciencias Penales, Catedrático del Instituto Nacional de Ciencias Penales (INACIPE), miembro de la Asociación Iberoamericana de Derecho Penal Económico y de la Empresa.*

[203]

GA 1963, p. 193 (pp. 200 y ss.); *Täterschaft und Taherrschaft*, 6ª ed., 1994, pp. 242-252.

[204]

BGH *Neue Juristische Wochenschrift* (NJW) 1994, p. 2703 (= BGHSt 40, p. 218); así también BGH *Strafverteidiger* (Stv) 1995, p. 70 (71) y LG Berlín, sentencia de 10.9.1996, autos nº (536) 2 Js 15/92 KS (2/95) ("generales"), pp. 111 y ss.

[205]

BGH NJW 1994, p. 2703 (2706).

[206]

ROXIN, *Claus, Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*, 7ª ed., trad. de Joaquín Cuello Contreras y José Luis serrano González de Murillo, Madrid, Marcial Pons, 2000, pp. 149-162, incluye en el capítulo dedicado al dominio de la acción los casos de realización del tipo de propia mano dolosa y libre, y dolosa y no libre (por coacción, o exenta de coacción, pero inculpable). En este último supuesto, realización del tipo de propia mano dolosa y no libre, el hombre de atrás que utiliza la coacción o a un inimputable o menor responde como autor mediato en virtud del dominio de la voluntad, *op. cit.*, pp. 165 y ss., sobre el dominio de la voluntad en virtud de coacción, y pp. 259 y ss., sobre el dominio de la voluntad en la utilización de inimputables y menores.

[207]

ROXIN, *Claus, Autoría y Dominio...*, *op. cit.*, p. 166.

[208]

*Ibidem*, pp. 194-259.

[209]

*Ibidem*, pp. 257-267. El autor alemán considera estos supuestos una peculiar zona mixta entre las situaciones de coacción y de error, por lo que en sentido estricto estos casos pueden ser solucionados con ayuda de los mismos criterios a que ya se recurrió para resolver las situaciones de coacción y de error. Roxin, *Claus, op. cit.*, p. 267. Con anterioridad, también del mismo autor, "Sobre la autoría y participación en el derecho penal", en AA.VV., *Problemas actuales de las ciencias penales y la filosofía del derecho. En homenaje al profesor Luis Jiménez de Asúa*, Ediciones Pannedille, Buenos Aires, 1970, p. 63.

[210]

ROXIN, *Claus, Autoría y Dominio...*, *op. cit.*, pp. 270-271; del mismo autor, «Straftaten im Rahmben organisatorischer Machtapparate», GA1963, p. 199.

[211]

*Ibidem*, p. 270-271.

[212]

*Ibidem*, p. 269.

[213] *Ibidem*, p. 271. De esta forma, entiende el autor alemán que quien da las órdenes “domina el suceso sin coacción ni engaño, pues puede introducir a cualquier otro que intercambiabilmente realice la acción”. ROXIN, *Claus, op. cit.*, p. 63.

[214] *Ibidem*, pp. 271-272.

[215] *Ibidem*, p. 63.

[216] *Ibidem*, p. 272. Del mismo autor, “*Sobre la autoría*”, *op. cit.*, p. 63. Este aspecto es destacado también por otros autores que analizan los crímenes nazis, como JÄGER, H., «*Betrachtungen zum Eichmann-Prozeß*», *Mschkrim* núm. 45, 1962, pp. 78-79.

[217] *Ibidem*, p. 273.

[218] *Ibidem*, p. 274. También Baumann, J.M «*Beihilfe bei eigenhändiger Soller Tatbestandserfüllung*», *NJW* 1963, p. 564; del mismo autor «*Gedanken zum Eichmann- Urteil*», *JZ* 1963, p. 114; SCROEDER, F.-C., «*Täterschaft und Teilnahme bei eigenhändiger Tatbestandsverwirklichung*», *ROW* 1964, p. 106; del mismo autor, *Der Täter hinter dem Täter Ein Beitrag zur Lehre von der mittelbaren Täterschaft*, Duncker Humboldt, Berlín, 1965, p. 167. Al respecto, asimismo JÄGER, H., «*Betrachtungen zum Eichmann- Prozeß*», *op. cit.*, p. 79, quien además de recoger literalmente las palabras que después Roxin haría suyas, empleadas por primera vez por el Tribunal de Distrito de Jerusalén que juzgó el caso Eichmann, pone de relieve que la lejanía del hombre de atrás respecto del escenario de la masacre no carece de significado, puesto que la carga emocional provocada por el crimen es menor conforme aumenta esa distancia, extremo que ha sido comprobado a través de experimentos realizados por psicólogos sociales.

[219] ROXIN, *Claus, Voluntad de dominio de la acción mediante aparatos de poder organizados*, DP 1985, pp. 407-408.

[220] ROXIN, *Claus, Voluntad de dominio...*, *op. cit.*, p. 407.

[221] AMBOS, *Kai, “Dominio del hecho por dominio de voluntad en virtud de aparatos organizados de poder”*, trad. de Manuel Cancio Meliá, Cuadernos de conferencias y artículos n° 20, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998.

[222] AMBOS, *Kai, op. cit.* p. 51 “Si el aparato no está fuera del ordenamiento jurídico, sino es en sí mismo el ordenamiento jurídico o parte de él, el dominio del hecho de los hombres de atrás es mayor que en el caso del aparato desvinculado del derecho”.

[223] Conferencia de Claus Roxin en 1998 en Huelva (España) sobre autoría y dominio del hecho.

[224] ROXIN, *Claus, Voluntad de dominio...*, *op. cit.*, p. 409; del mismo autor, *Autoría y dominio...*, *op. cit.*, p. 278.

[225] ROXIN, *Claus*, «Straftaten», *op. cit.*, p. 193.

[226] ROXIN, *Claus*, *Autoría y Dominio...*, *cit.*, pp. 277-278.

[227] La estructura del dominio de la organización, como aparato de poder organizado -dice BRUERA- sólo puede existir allí donde ese poder se encuentra en su totalidad, fuera del margen de la ley. -De lo contrario, sólo se estaría en presencia de iniciativas particulares en las cuales, la fungibilidad de los ejecutores, e incluso de los autores mediatos, no estaría tan clara, y el propio aparato estatal, podría tener recursos legales para evitar la ejecución.- De tal manera, el dominio a través del aparato, presentaría fracturas de resistencia, que aunque no se presenten en un caso concreto, impediría considerar como regla general, al hombre de atrás en poder de dominio de la voluntad de tal magnitud como para considerarlo autor mediato (Ver en este mismo libro).

[228] ROXIN, *Claus*, «Tatenschulub und Anfang der Ausführung beim Versuch» *JuS* 1979, p 20. Del mismo autor, «Der Anfang des beendeten Versuchs», en SCHROEDER, F.-C. (Hrsg.), *Festschrift für Reinhart Maurach zum 70. Geburtstag*, C.F. Müller, Karlsruhe, 1972, pp. 218-219; del mismo autor, LK, *cit.*, «El comienzo de la tentativa en la intervención de un intermediario lesivo contra sí mismo (Comentario a la Sentencia del BGH de 12 de agosto de 1997)», AP 1999-2, marg. 594.

[229] ROXIN, *Claus*, «Observaciones sobre la "Actio Libera in causa"», ADPCP 1988, pp. 29-30; del mismo autor, «Der Anfang des beendeten Versuchs» *cit.*, p. 227; del mismo autor en JÄHNKE, B./LAUFHÜTTE, H. W./ ODERSKY, W. (Hrsg.), STGB. Liepziger Kommentar, Großkommentar, 11. Aufl. Walter de Gruyter, Berlin-New York, 1993, Rn 152.

[230] ROXIN, *Claus*, *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*, 7ª ed., trad. de Joaquín Cuello Contreras y José Luis serrano González de Murillo, Madrid, Marcial Pons, 2000, p. 272.

[231] HUERTAS DÍAZ, Omar, «Autoría mediata a través de aparatos organizados de poder. Tras la sombra del mando fugitivo: del dominio y la instrumentalización del delito», *Medellín, Colombia, Opinión Jurídica*, Vol. 12, N° 23, 2013, p. 92.

[232] ROXIN, *Claus*, *op. cit.*, pp. 271-272.

[233] MEINI MÉNDEZ, Iván, «El dominio de la organización en derecho penal», Lima, Perú, Palestra, Colección Derecho PUCP, nota 32, p. 19.

[234] *Ibidem*, p. 31.

[235] HUERTAS DÍAZ, Omar, *op. cit.*, p. 118.

[236] *Idem p. 118*

[237] *Idem. p.119*

[238] ROXIN, *Claus*, *op. cit.*, p. 285.

[239] BOTTKE, “Estructura de la autoría en la comisión y en la omisión como requisito para la construcción de un sistema de derecho penal de la comunidad europea”, traducción por Mirentxu Corcoy Bidasolo, en fundamentos de un sistema europeo del derecho penal, j. m. Bosch, Barcelona, 1995, pp. 71, 112 y ss.

[240] QUINTANA OLVERA, Agustín, “Aparatos organizados de poder”, México, D.F., INACIPE, 2015, pp. 84 y 85.

[241] DÍAZ-ARANDA, Enrique y ROXIN, Claus, *Teoría del Delito Funcionalista*, México, Editorial Flores, 2017, p. 530.

[242] ROXIN, Claus, “Las formas de intervención en el delito: estado de la cuestión”, en sobre el Estado de la Teoría del Delito (Seminario en la Universidad Pompeu Fabra), 1998, nota 13, p. 272.

[243] Cfr., HUERTAS DÍAZ, Omar, *op. cit.*, p. 120,

[244] AMBOS, Kai, “¿Cómo imputar a los superiores crímenes de los subordinados en el derecho penal internacional?”, Bogotá, Colombia: Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, Universidad Externado de Colombia, 2008, p. 277.

[245] AMBOS, Kai, “Dominio del hecho por dominio de voluntad en virtud de aparatos organizados de poder”, traducción de Manuel Cancio Meliá, Cuadernos de conferencias y artículos n° 20, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998.

[246] Conferencia de Claus Roxin en 1998 en Huelva (España) sobre autoría y dominio del hecho.

[247] Cfr., ROXIN, Claus, “El dominio de organización como forma independiente de autoría mediata”, *Revista Penal*, p. 247, Díaz-Aranda, Enrique y Roxin, Claus, *op. cit.*, pp. 536-537.

[248] MEINI MÉNDEZ, Iván, *op. cit.*, p. 29.

[249] AMBOS, Kai, “Trasfondos políticos y jurídicos de la sentencia contra el expresidente peruano Alberto Fujimori”, en *Autoría Mediata el Caso Fujimori*, Perú, Ara Editores, 2010, p. 76.

\* Abogado (UBA), *Maestrando en Derecho Penal (UDESA)*.

\*\* Abogado (UBA), *Especialista en Derecho Penal (UB), Maestrando en Derecho Penal (UDESA)*.

[250] Sobre el bien jurídico que protegería este tipo penal, la doctrina sigue sin mostrarse de acuerdo. Por ejemplo, Bajo y Bacigaluppo han considerado que se trata del bien jurídico protegido por el delito previo, mientras que autores como Caro Coria y Buompadre entre otros, han sostenido que el bien jurídico protegido es la administración de justicia. Blanco Cordero sostiene, entre muchos otros, que se trata de un delito contra el orden económico y financiero y Barton sostiene en Alemania que se trata de un delito contra la seguridad

interna. Finalmente, un sector importante de la doctrina considera que se trata de un delito pluriofensivo que afecta tanto a la administración de justicia como al orden económico y financiero. Toda la discusión puede consultarse de manera resumida en: Garcia Cavero, *El delito de lavado de activos*, 2 Edición, Ed. B de F, 2020 p. 54 y Ss.

[251]

Por ejemplo, discusiones con relación al estándar probatorio del delito precedente: si puede ser un ilícito penal o debe ser un delito; si debe estar probado mediante la interposición de una condena o no, la discusión con relación al autolavado que para la mayoría de la doctrina ha quedado saldada después de la reforma del 2011 (sobre esa discusión Córdoba, *Delito de Lavado de dinero*, 3° reimpresión, Hammurabi, 2017, p. 69 y Ss), la cuestión de si la competencia del lavado de activos debe ser federal o ordinaria (en ese sentido Narvaja, Sebastián R, "Competencia de las provincias en materia de lavado de dinero de origen ilícito: una crítica a la doctrina 'Renga' de la CSJN", y Eisenberg Federico, "La competencia del delito de lavado de activos: algunos problemas interpretativos", en *Temas de Derecho Penal y Procesal Penal*, Agosto 2019 y, Junio 2022, respectivamente). Si los delitos tributarios pueden ser delitos precedentes de lavado de activos (por ejemplo, ver Riquert, Marcelo y Simaz, Alexis L., *La evasión fiscal como delito previo al lavado de activos*, Revista de Derecho Penal y Criminología, Año III, N° 5, Junio 2013 p. 189 y Ss. y Blanco Cordero, Isidoro, *El delito fiscal como actividad delictiva previa del blanqueo de capitales*" Revista Electrónica de Derecho Penal y Criminología).

[252]

Por ejemplo, respecto del delito de financiamiento del terrorismo Guzman señala que: "...las normas penales que reprimen el financiamiento del terrorismo en Argentina son malas. El esfuerzo interpretativo que se debe hacer frente a ellas, para que su aplicación no derive en un desmesurado y arbitrario ejercicio del poder judicial (o del poder político), es enorme. Los tipos penales son vagos y exageradamente amplios, y han desbordado hasta lo inimaginable los criterios de legislación que surgen de los convenios internacionales. Se deberían haber precisado bastante más sus alcances, dotándolos de mayor claridad y taxatividad..." cita de Guzmán, Nicolás, "El delito de Financiación del Terrorismo en Argentina", Terrorismo y Derecho Penal, Kai Ambos, Ezequiel Malarino y Christian Steiner, EDPAL, Konrad Adenauer Stiftung

[253]

Si bien fue derogado el artículo del Código Penal incorporado por esta Ley en función de la reforma de la Ley 26.683 en el año 2011, el resto de las disposiciones, continúan actualmente vigentes con sus correspondientes modificatorias. Por ejemplo, se regula la creación de la Unidad de Información Financiera, su organización, los sujetos obligados por dicha ley, entre otras cosas.

[254]

El GAFI es una organización intergubernamental creada en 1989 por los países integrantes del G-7, que fija los estándares internacionales y promueve la efectiva implementación de políticas, medidas legales, regulatorias y operativas para prevenir y combatir el Lavado de Activos, la Financiación del Terrorismo y la Financiación de la Proliferación de Armas de Destrucción Masiva (LA/FT/FPADM), así como también otras amenazas relacionadas con la integridad del sistema financiero



internacional, la seguridad y la paz mundial.

[255]

Artículos 41 quinquies, 303 y 306 del Código Penal.

[256]

Dicha información surge de los informes anuales estadísticos de sentencias condenatorias elaborados por el Registro Nacional de Reincidencia. Datos que deben ser ponderados teniendo en cuenta que en 2012 se recibieron en la Unidad de Información Financiera 35.705 reportes de operaciones sospechosas, representando un incremento del 167% respecto del año 2011. En 2013 se recibieron 36.079. En 2014 se recibieron 25.589. En 2015 se recibieron 20.724. En 2016 se recibieron 21.731. En 2017 se recibieron 17.985 y en 2018 23.364 (la información fue consultada en cada uno de los Informes Anuales de Gestión de la Unidad de Información Financiera)

[257]

Una de las tareas del GAFI es la de evaluar de manera regular el progreso de sus miembros en la implementación efectiva de las medidas necesarias para combatir el LA/FT/FPADM e identificar las vulnerabilidades de los sistemas nacionales, con el objetivo de proteger el sistema financiero internacional. Por un lado, evalúa el cumplimiento técnico, es decir, los requerimientos específicos asociados a cada una de las Recomendaciones del GAFI, principalmente en lo que respecta al marco jurídico e institucional del país, y las facultades y los procedimientos de las autoridades competentes. Por otra parte, evalúa la efectividad, es decir, el grado en que un país alcanza un conjunto definido de resultados considerados fundamentales para un sistema ALA/CFT/CFPADM sólido y analiza el grado en que el marco legal e institucional de un país y los recursos destinados logran los resultados esperados.

[258]

Nótese que el anteproyecto enviado al Congreso de la Nación se tornó público el día 1 de junio del 2022, mientras que el 22 de julio de 2022 el Comité de Lucha Contra el Lavado de Activos dependiente del Ministerio de Justicia tuvo su primera reunión de trabajo con el Grupo de Acción Financiera Internacional de cara a la próxima evaluación mutua por parte del organismo (<https://www.argentina.gob.ar/noticias/el-comite-de-lucha-contra-el-lavado-mantuvo-una-reunion-de-trabajo-preparatoria-para-la>)

[259]

Recuérdese que en líneas generales puede identificarse su aparición a partir de la preocupación que generó el atentado a las torres gemelas en el año 2001. No obstante, no debe dejar de decirse que, como es sabido, en la Argentina en la década de los años 90 sucedieron dos atentados terroristas que no generaron ningún tipo de legislación penal específica al respecto.

[260]

Para facilitar la lectura, se analizarán las diferentes modificaciones en el orden en el que aparecen en el proyecto de ley bajo análisis.

[261]

En tal sentido, señala Córdoba: *“El método utilizado por el legislador en la formulación de la ley 25.46 había sido mencionar algunos ejemplos característicos (“convirtiere, transmitiere, administrare, vendiere, gravare” para luego cerrar esa enumeración con una definición genérica que permitiera abarcar otras acciones (“o aplicare de cualquier otro modo”). La reforma de la ley 26.683 añadió a la enumeración una acción más (“disimulare”) y modificó la fórmula de cierre que pasó a ser: “o de cualquier otro modo pusiere en*

*circulación en el mercado”..” Ver Córdoba, Delito de Lavado de dinero, 3° reimpresión, Hammurabi, 2017, p. 31 y Ss.*

[262]

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

[263]

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

[264]

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

[265]

GAFI, Informe: "Activos Virtuales - Señales de alerta de LD/FT" (2014). Recuérdese que en la etapa de estratificación lo que se busca es interrumpir el curso relacional del dinero obtenido ilícitamente eliminando su identificación o bien procurando generar confusión en la ruta del dinero.

[266]

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

[267]

*"Se puede caracterizar a las criptomonedas como una nueva clase de activo financiero, no tradicional y basado en la tecnología blockchain el cual versa, en definitiva, acerca de una anotación electrónica que incorpora el derecho a una cantidad de dinero determinada, que puede tipificarse como títulos valores, toda vez que participan de las características principales que poseen estos últimos, es decir, son valores incorporados a un registro de anotaciones en cuenta -la blockchain-; resultan bienes homogéneos y fungibles en los términos del artículo 232 del Código Civil y Comercial; su emisión o agrupación es efectuada en serie -conformada ésta por cada bloque que integra la cadena- y; pueden ser susceptibles de tráfico generalizado e impersonal en los mercados financieros."*, Dictamen 2/22 de la Agencia Federal de Ingresos Públicos, 16 de junio de 2022.

[268]

Aproximadamente seis salarios mínimos en Argentina (septiembre 2022).

[269]

Esta cuestión es idéntica a la analizada en relación al artículo 303 del Código Penal.

[270]

Emerging Terrorist Financing Risk. FATF. Octubre 2015.

\* LL.M., Docente de Derecho Penal y Económico, Universidad de Münster, Alemania.

[271]

En alemán: Gesetz zur Bekämpfung des illegalen Rauschgifthandels und anderer Erscheinungsformen der Organisierten Kriminalität (abreviado OrgKG).

[272]

BGBl. I 1992, 1302.

[273]

Oswald, wistra 1997, págs. 328 y sgts.

[274] Cfr. Las discusiones doctrinales y antecedentes a la introducción del tipo penal de lavado de dinero en: BT-Drs. 13/8651.

[275] Las reformas se publicaron en el Boletín Oficial del Estado (BGBl.) el 17 de marzo de 2021, BGBl. I 2021, 327.

[276] Introducción respecto a la versión derogada del § 261 StGB en: Ambos, K., *La defraudación tributaria como hecho previo del lavado de dinero*, 2015, 293-315; respecto a la reforma del 2021: Escobar Bravo, M. El nuevo § 261 StGB - delito de lavado de dinero en Alemania tras la reforma penal 2021, en Abel Souto/M., Lorenzo Salgado, J. M./ Sánchez Stewart, N.: VIII Congreso Internacional sobre Prevención y Represión del Blanqueo de Dinero, 2021.

[277] La Directiva (UE) 2018/1673 del Parlamento Europeo y del Consejo (AMLD6 por sus siglas en inglés, o Sexta Directiva“) de 23 de octubre de 2018 relativa a la lucha contra el lavado de dinero a través del Derecho penal, publicada ABL. L 284 del 12 de noviembre de 2018, p. 22 y entró en vigor el 2 de diciembre de 2018. La Sexta Directiva establece normas mínimas sobre la definición de las infracciones penales y las sanciones para luchar contra el lavado de dinero. Al respecto Abel Souto, la expansión mundial del blanqueo de dinero, en Abel Souto/Berruezo/Celorio Vela/Rojas Torrico (coords.), 2018, 9-103.

[278] BGBl. I 1992, 1302, *“Ley para combatir el tráfico ilegal de estupefacientes y otras formas de aparición de la criminalidad organizada”* o Gesetz zur Bekämpfung des illegalen Rauschgifthandels und anderer Erscheinungsformen der Organisierten Kriminalität (abreviado OrgKG).

[279] BT-Drs. 19/24180, 11.

[280] Kindhäuser/Hilgendorf, LPK-StGB/Kindhäuser/Hilgendorf StGB § 261 Rn. 1.

[281] Kindhäuser/Hilgendorf, LPK-StGB/Kindhäuser/Hilgendorf StGB § 261 Rn. 1.

[282] BT-Drs. 12/989, 27.

[283] Tiedemann, K., *Manual de derecho penal económico*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010, p. 344.

[284] Fischer, § 261, Rn. 3.

[285] BVerfG en NJW 2004, 1305, 1307

[286] BeckOK StGB/Ruhmannseder StGB § 261 Rn. 10-14.

[287] BeckOK StGB/Ruhmannseder StGB § 261 Rn. 10-14.

[288] BGH NJW 2008, 2516.

[289] BGH NJW 2008, 2516.

- [290] BT-Drs. 19/24180, 2, 29;
- [291] BT-Drs. 18/24180, 6.
- [292] BT-Drs. 18/24180, 15.
- [293] BT-Drs. 18/24180, 30 así como sobre el § 261 StGB (derogado), por ejemplo: BGH NStZ 2016, 538; Petropoulos, wistra 2007, 241 (243 f.)
- [294] Art. 9. 5 del Convenio de Varsovia del 16 de mayo de 2005.
- [295] BT-Drs. 12/979, 27.
- [296] BGH, sentencia de 20 de mayo de 2015 - 1 StR 33/15 - NJW 2015, 3254.
- [297] BGH, sentencia de 27 de julio de 2017 - 1 StR 412/16 - NStZ 2018, 401, 405; BGH, auto de 5 de diciembre de 2018 - 1 StR 387/18.
- [298] Maiwald FS Hirsch, 1999, 631 (636); Voß, Die Tatobjekte der Geldwäsche, 2007, p. 18 y s.
- [299] Kindhäuser/Neumann/Paeffgen-Altenhain, StGB, 5ª ed. 2017, art. 261 párr. 28; Münchener Kommentar-Neuheuser, StGB, 3ª ed. 2017, art. 261 párr. 31; sobre la cobertura de los artículos 73 y sgts.
- [300] BGH, sentencia de 23 de enero de 2019 - 5 StR 479/18 - párr. 19.
- [301] BT-Drs. 19/26602, 8.
- [302] Antecedentes al respecto, Bernsmann, FS-Amelung, 2009, p. 381- 382.
- [303] BT-Drs. 13/8651, 11; BGH NStZ 2009, p. 328.
- [304] BT-Drs. 13/8651, 11, Bergmann NZWiSt 2014, 448, 450; Hombrecher JA 2005, 67 (70).
- [305] BT-Drs. 18/6389, 14.
- [306] BT-Drs. 19/24180, 34.
- [307] traducción del § 146 StGB. Geldfäschung - Falsificación de dinero:  
(1) Se impondrá una pena privativa de libertad no inferior a un año a quien  
1. falsifica dinero con la intención de que se ponga en circulación como auténtico o de que se posibilite dicha puesta en circulación, o falsifica dinero con esta intención de manera que se cree la apariencia de un valor superior,  
2. se apropie o comercie con dinero falso con dicha intención; o  
3. ponga en circulación como auténtica la moneda falsa que haya falsificado, falseado u obtenido en las condiciones de los números 1 o 2.  
(2) Si el infractor actúa con fines comerciales o como miembro de una banda que se ha unido para la comisión continuada de la falsificación, la pena será de prisión no inferior a dos años.  
(3) En los casos menos graves del apartado 1, la pena será de prisión de tres meses a cinco años, y en los casos menos graves del apartado 2, de prisión de un año a diez años.

- [308] BGH NStZ 2000, 653.
- [309] BGH NStZ 2000, 653, 654.
- [310] sobre la determinación del lugar de jurisdicción, véase, por ejemplo, BGH NStZ-RR 2013, 253; LG Köln NZWiSt 2012, 188.
- [311] Decisión Marco 2004/757/JAI o en relación a la Directiva 2011/36/UE.
- [312] BT-Drs. 13/8651, 12; sobre el estudio del caso "Panama Papers", Papatthaniou JA 2017, 88, 89.
- [313] BT-Drs. 19/24180, 16, 35.
- [314] BT-Drs. 19/24180, 35.
- [315] BT-Drs. 19/24180, 35.
- [316] Cfr. Escobar Bravo, M., el nuevo § 261 StGB, 2021, p. 577-579.
- [317] BGH NStZ 2009, 328, 329; NStZ-RR 2010, 109, 111; Bischofberger, Sobre la interpretación del elemento constitutivo "origen" en el contexto de la infracción penal § 261 StGB, 2010, p. 61 y sgts.; Voß, Die Tatobjekte der Geldwäsche, 2007, p. 30.
- [318] BT-Drs. 12/3533, p. 12; 19/24180, 29; BGH NZWiSt 2019, 148, 150.
- [319] Kuhlen, JR 2010, 271, 272 y sgts.
- [320] BT-Drs. 12/989, p. 27.
- [321] BT-Drs. 12/3533, p. 12; BR-Drs. 507/92, 28; BT-Drs. 19/24180, p. 29.
- [322] OLG Karlsruhe NJW 2005, 767, 769.
- [323] BT-Drs. 19/24180, 7, p. 28 y sgts.
- [324] BT-Drs. 19/24180, p. 29.
- [325] BT-Drs. 19/24902, 3 y sgts.
- [326] BT-Drs. 19/26602, p. 8.
- [327] A través de la "*Ley para combatir el tráfico ilegal de estupefacientes y otras formas de aparición de la criminalidad organizada*" o "*Gesetz zur Bekämpfung des illegalen Rauschgifthandels und anderer Erscheinungsformen der Organisierten Kriminalität*" (abreviado OrgKG).
- [328] La diferenciación entre ambos institutos, surge en las discusiones presentadas por *Goltschmidt*, que pretendió poner orden en el caos provocado por el *Reichsstrafgesetzbuch* de 1871 -*Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich*, abreviado RStGB se refiere al Código Penal promulgado en el Imperio Alemán el 15 de mayo de 1871 y, el cuál sirve base al hasta hoy vigente como Código Penal (StGB) en la República Federal alemana, BGBI. 1871, p. 127- y hace

referencia a la esencia y finalidad, del alcance de la confiscación. Para él, la “confiscación” contenía dos elementos dispares. El elemento de confiscación, por un lado, se refiere a una medida preventiva, y, por otro lado, no se refiere a una sanción. En su opinión, el efecto de la confiscación siempre producía el decomiso, siempre que se tratara de la confiscación de los objetos que se obtuvieron como instrumento para la comisión (*sceleris instrumenta*) y los objetos producidos por el delito (*scelere producta*). Eso se debe a que el delincuente fue privado del objeto del infractor “*por ser indigno del derecho dejarla al indigno*”. Por otra parte, era una medida preventiva siempre que la confiscación de *sceleris instrumenta* cuando “la peligrosidad” del objeto confiscado represente un peligro para el futuro y la única finalidad de la confiscación era hacerla inofensiva, Goldschmidt, Vergleichende Darstellung, Band 4, S. 449.

[329]

Goldschmidt, Vergleichende Darstellung, Band 4, S. 449.

[330]

Los efectos sometidos a decomiso son aquellos que pertenecen al procesado y/o propietario.

[331]

los objetos producidos por el delito, y tiene como fin la prevención de determinados riesgos, y que por seguridad deben ser retirados del tráfico o del comercio, por ejemplo, la falsificación de dinero o los estupefacientes fabricados, también se derivan directamente del delito principal.

[332]

NK-StGB/Altenhain párrafo. 63.

[333]

NK-StGB/Altenhain n° 65; n° 20.

[334]

BGH NStZ 2017, 28.

[335]

NK-StGB/Altenhain marginal n° 67.

[336]

OLG Karlsruhe NJW 2005, 767.

[337]

BT-Drs. 12/989, 27; Lackner/Kühl, n° 5

[338]

véase, por ejemplo, Michalke FS DAV, 2009, 346

[339]

Ambos JZ 2002, 70 (71); Burr, Geldwäsche, 1995, 76; Salditt StraFo 1992, 121 (124); BT-Drs. 12/3533, 12.

[340]

BGH NJW 2015, 3254; NStZ 2017, 167 (169); Klose NStZ 2017, 1 (3); Barton NStZ 1993, 159,163.

[341]

Referente a la crítica de esta postura, por ejemplo, Krug NZWiSt 2016, 159.

[342]

BT-Drs. 19/24180, 17.

[343]

Gentzik, Die Europäisierung des deutschen und englischen Geldwäschestrafrechts - Eine rechtsvergleichende Untersuchung, 2002, 116; Petropoulos wistra 2007, 241, 244.

[344]

NK-StGB/Altenhain marginal n° 66; Barton NStZ 1993, 159, 164 f..

- [345] Schulte, GWuR 2021, 21.
- [346] BT-Drucks. 14/7471, p. 9.
- [347] § 31b AO Ordenanza Tributaria.
- [348] Schulte, GWuR 2021, 21.
- [349] Oficina Federal de Estadísticas, Estadísticas anuales del 2012 a l 2015, SVS 10/serie 3 (AO).
- [350] BVerfG, sentencia 6 de mayo de 2008 - 2 BvR 336/07, NJW 2008, 3489 (3491); BGH 1 de agosto de 2000 - 5 StR 624/99, wistra 2000, 340 (344).
- [351] BGH, sentencia 2 de diciembre de 2008 - 1 StR 416/08, wistra 2009, 107, p. 110.
- [352] BGH, sentencia 2 de diciembre de 2008 - 1 StR 416/08, wistra 2009, 107, p. 110.
- [353] BGH, sentencia 10 de octubre de 2015 - 1 StR 373/15, wistra 2016, 157, n° 511.
- [354] BGH, sentencia 19 de diciembre de 1997 - 5 StR 569/96, BGH 43, 381.
- [355] Heuel, GS Joecks, 2018, 497.
- [356] subrayado resaltado por el autor.
- [357] BT-Drs. 19/24180, 28.
- [358] Wulf: wistra, 2008, 327.
- [359] Ambos, K., *La defraudación tributaria como hecho previo del lavado de dinero*, 2015, 297.
- [360] En cursiva resaltado por el autor. § 261 párr. 1 (1) StGB y en el párr. 2 “1. El que oculta *gastos que se han ahorrado* por medio de una defraudación tributaria cometida profesionalmente o a través de una banda, encubre su origen o frustra o hace peligrar la investigación de su origen, el descubrimiento, el comiso, la confiscación, o el aseguramiento de tales gastos ahorrados, será... sancionado. 2 Del mismo modo será sancionado quien, respecto a los gastos ahorrados en el sentido del párrafo 1, 1. se los procura para sí mismo o para un tercero o 2. los custodia o utiliza para sí o para un tercero, si conocía el origen de los *gastos ahorrados* en el momento en que los obtuvo.”
- [361] El § 261 (1), frase 3 del StGB derogado hace referencia a “*los gastos ahorrados y a las devoluciones y restituciones de tributos injustificados obtenidos por medio de la defraudación tributaria*”. A diferencia de los gastos ahorrados la devolución o reintegro de impuestos llevan a una ganancia objetiva como consecuencia de la declaración tributaria falsa, o sea, ellas resultan de un delito tributario. En tal sentido ellas podrían ser consideradas

como un objeto idóneo del lavado de dinero incluso si no existiera la explícita mención del párr. 1 frase 3. Esto significa además que respecto a la devolución o reintegro de impuestos la regulación resultaba meramente declaratoria. Ambos, K., *La defraudación tributaria como hecho previo del lavado de dinero*, 2015, 297.

[362] Bittmann: *wistra*, 2010, 129.

[363] en alemán, *Oberlandesgericht*, abreviado, OLG, es la instancia superior de la jurisdicción ordinaria del Estado federal en Alemania.

[364]

[365] OLG Saarbrücken, 26.05.2021, 4 WS 53/21, número 5.

[366] Bittmann, Folker. Das Gesetz zur Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung in der Rechtsprechung - Teil 2/2. *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, Múnich, n. 8, 2019, p. 451.

[367] Köhler en Meyer-Goßner/Schmitt, *StPO*, 64<sup>a</sup> ed., § 111e n<sup>o</sup> 5.

[368] Köhler, § 111e n<sup>o</sup> 4.

[369] OLG Hamburg, 26.10.2018 - 2 Ws 183/18, juris; KG Berlin, 02.06.2020 - 4 Ws 21/20.

[370] *BGBI.* 2021 Parte 1, p. 327 y sgts.

[371] OLG Saarbrücken, 26.05.2021, 4 WS 53/21, número 5.

[372] BT-Drs. 19/24180, p. 17; BT-Drs. 14/7471, p. 9; Fischer, *StGB*, 68. ed, § 261 n<sup>o</sup> 11.

[373] BT-Drs. 19/24180, p. 17.

[374] *DO L* 284 de 12.11. 2018.

[375] BT-Drs. 19/24180, p. 18.

[376] *BGHSt* 20, 119; Fischer, § 2 *StGB*, n<sup>o</sup> 10.

[377] OLG Saarbrücken, 26.05.2021, 4 WS 53/21, número 8.

[378] *BVerfGE*, de 30 de marzo de 2004 - 2 BvR 1520/01 y 2 BvR 1521/01, *BVerfGE* 110, 226 = *NJW* 2004, 1305.

[379] *BVerfG*, sentencia 28 de julio de 2015 - 2 BvR 2558/14, 2 BvR 2573/14, 2 BvR 2571/14; *NJW* 2015, 2949 (2953).

[380] *BVerfG*, sentencia de 30 de marzo de 2004 - 2 BvR 1520/01, *BVerfGE* 110, 226; *BVerfG* sentencia de 28 de julio de 2015 - 2 BvR 2558/14, 2 BvR 2571/14, 2 BvR 2573/14, *NJW* 2015, 2949.

[381] *BGH*, sentencia del 4 de febrero de 2010 - 1 StR 95/09, *BGHSt.* 55, 36 (53).



[382] EuGH sentencia del 26 de junio de 2007 - C-305/05, NJW 2007, 2387.

[383] Gazeas, Das neue Geldwäsche-Strafrecht: Weitreichende Folgen für die Praxis, NJW 2021, 1041 (1046).

[384] Para la Directiva (UE) 2018/ 1673 el autoblanqueo y esta actividad de blanqueo de capitales debe ser punible.

[385] BGH, sentencia de 27 de noviembre de 2018 - 5 StR 234/18 - NJW 2019, 533 y sgts. marginal nº 10 y siguientes; Schröder/Bergmann, Warum die Selbstgeldwäsche straffrei bleiben muss, p. 66, también reconocen esta restricción.

[386] NK-StGB/Altenhain, 5º ed. 2017, § 261 Rn. 23 c; Teixeira, NStZ 2018, 634 (639).

[387] § 257 StGB sanciona a: (1) quien ayuda a otro que ha cometido un hecho antijurídico con la intención de prestarle ayuda para asegurarle las ventajas del hecho.

[388] BT- Drs. 13/8651, p. 11; BT-Drs. 13/6389, p. 11.

[389] véase la declaración del Bundesrat sobre la propuesta de la Comisión para la presente Directiva, BR-Drucksache 116/17, p. 2.

[390] BGH, sentencia de 27 de noviembre de 2018 - 5 StR 234/18 - NJW 2019, 533 y sgts. marginal nº 10 y siguientes; Schröder/Bergmann, Warum die Selbstgeldwäsche straffrei bleiben muss, p. 66, también reconocen esta restricción.

[391] Schmidt/Aßmann in Maunz/Dürig, GG 84, Lgf. 2018, Art. 103 III Rn. 283.

[392] Jahn, BGH: Strafbarkeit der Selbsgeldwäsche, NJW 2019, 533, (535).

\* – *Abogado y Doctor en Derecho. Vocal de la AIDPEE en Paraguay.*

[393] DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO, Miguel, “El castigo del autoblanqueo y la autoría y la participación en el delito de blanqueo de capitales en España”; en *Anuario de Derecho Penal Económico y de la Empresa*, CEDPE, Lima, Perú, 2015, pág. 241.

[394] ABANTO VÁSQUEZ, Manuel A., “Autoblanqueo de capitales y su relación con la defraudación tributaria”, en *Libro homenaje al Profesor Luis Arroyo Zapatero. Un derecho penal humanista*, Instituto de Derecho Penal Europeo e Internacional, BOE, Madrid, España, Rosario de Vicente Martínez y otros editores, 2021, Pág. 1188.

[395] BERRUEZO, Rafael y otro, *El delito de blanqueo de dinero*, BdeF, Buenos Aires, Argentina, 2018, Pág. 89.

[396] FARALDO CABANA, Patricia, “Aspectos básicos del delito de blanqueo de bienes en el Código Penal de 1995”; en *Estudios penales y criminológicos*, USC, Santiago de Compostela, España, Vol. XXI, 1998, Pág. 130.

- [397] MATALLÍN EVANGELIO, Ángela, “Blanqueo de capitales y principios penales”; en *Teoría & Derecho*, n° 24, Valencia, España, Tirant Lo Blanch, 2018, Pág. 275.
- [398] GARCÍA AMADO, Juan Antonio, “Sobre el argumento a contrario en la aplicación del Derecho”, en *DOXA: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n° 24, Universidad de Alicante, Alicante, España, 2001, Pág. 92.
- [399] HURTADO POZO, José y otro, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, IDEMSA, Lima, Perú, 2011, T. II, Pág. 83.
- [400] JOFRÉ CALASICH, Fabio, *El delito de lavado de dinero en el ámbito criminal y empresarial*, AIDPEE, Lex & Financial, Santa Cruz, Bolivia, 2018, Pág. 403.
- [401] MATALLÍN EVANGELIO, Ángela, “El autoblanqueo de capitales”; en *El delito de lavado de activos. Aspectos sustantivos, procesales y de política criminal*, T. I, Grijley, Lima, Perú, 2017, Pág. 189.
- [402] DURRIEU FIGUEROA, Roberto, *La ganancia económica del delito. Lavado de dinero, decomiso y financiamiento del crimen organizado y del terrorismo*, Madrid, España, Marcial Pons, 2017, Pág. 424; citando a G. STESSENS (“Money Laundering. A new international law enforcement model”, Cambridge University Press, Pág. 121).
- [403] PARIONA ARANA, Raúl, “El hecho posterior impune en el Derecho Penal”; consultado en [<https://docplayer.es/21016029-El-hecho-posterior-impune-en-el-derecho-penal-i-preliminares.html>], Pág. 1.
- [404] ROMERO SANTOS, Luis, *Delito de blanqueo de capitales. Análisis teórico-práctico desde la perspectiva del Abogado defensor*, tesis doctoral, Universidad de Sevilla, Sevilla, España, 2017, Pág. 181.
- [405] CÓRDOBA, Fernando H., *Delito de lavado de dinero*, Buenos Aires, Argentina, Hammurabi, 2016, Págs. 60/61 y 70.
- [406] DELGADO RODRÍGUEZ, José María, *El blanqueo de capitales y el crimen organizado en España: regulación, tendencias de política criminal y alternativas*, tesis doctoral, UIC, Barcelona, España, 2016, Pág. 169.
- [407] ABANTO VÁSQUEZ, Manuel A., *El delito de lavado de activos*, Lima, Perú, Grijley, 2017, Pág. 178.
- [408] PALMA HERRERA, José Manuel, *Los actos posteriores copenados*, Madrid, España, Dykinson, 2004, Pág. 94.
- [409] TROVATO, Gustavo F., Análisis del artículo 303 del Código Penal argentino en *Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, David Baigún y otros (Directores), Bs. As., Ed. Hammurabi, 2012, T. XII, Págs. 578/579.
- [410] CARO JOHN, José Antonio, “Problemas en torno al delito de lavado de activos”; en *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas*,

Vol. 6, N° 11, Universidad Nacional del Nordeste, Corrientes, Argentina, 2012, Pág. 258.

[411] JOFRÉ CALASICH, Fabio, *Ob. cit.*, Págs. 402-3.

[412] TEIXIERA, Adriano y otro, "Contenido de injusto y punibilidad del autoblanqueo de capitales"; en *INDRET: Revista para el Análisis del Derecho*, n° 1, Universitat Pompeu Fabra, Barcelona, España, 2021, Pág. 212.

[413] Disponible en: <https://www.cfatf-gafic.org/es/documentos/gafi40-recomendaciones/409-fatf-recomendacion-3-delito-de-lavado-de-activos>.

[414] BOUMPADRE, Jorge E., "Lavado de activos"; en *Derecho Penal de los negocios*, Daniel Pablo Carrera y otros, (Directores), Buenos Aires, Argentina, Ed. Astrea, 2004, Pág. 284.

[415] CARO JOHN, José Antonio, "Problemas en torno al delito de lavado de activos"; en *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas*, Vol. 6, N° 11, Universidad Nacional del Nordeste, Corrientes, Argentina, 2012, Pág. 261.

[416] MAQUEDA ABREU, María Luisa, "Exigibilidad y derecho a no declararse culpable"; en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Fascículo 1, BOE, Madrid, España, 1991, Pág. 42.

[417] FARALDO CABANA, Patricia, "Antes y después de la tipificación expresa del autoblanqueo de capitales"; en *Estudios Penales y Criminológicos*, Vol. XXXIV, USC, Santiago de Compostela, España, 2014, Pág. 58.

[418] ABANTO VÁSQUEZ, Manuel A., "Autoblanqueo de capitales y su relación con la defraudación tributaria", *Ob. Cit.*, Págs. 1186-89.

[419] ESCOBAR BRAVO, María Eugenia, "El blanqueo de dinero en Alemania: legislación y jurisprudencia"; en *VI Congreso Internacional sobre prevención y represión del blanqueo de dinero*, Miguel Abel Souto y otro (Coordinadores), Valencia, España, Tirant Lo Blanch, 2019, Pág. 337.

[420] GARCÍA AMADO, Juan Antonio, "Sobre el argumento a contrario en la aplicación del Derecho", en *DOXA: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n° 24, Universidad de Alicante, Alicante, España, 2001, Pág. 111.

[421] GRUPO DE ACCIÓN FINANCIERA DE LATINOAMÉRICA, "Estándares internacionales sobre la lucha contra el lavado de activos, el financiamiento del terrorismo y el financiamiento de la proliferación de armas de destrucción masiva", OCDE/GAFI, Buenos Aires, Argentina (sede), 2012, Pág. 35.

[422] Ídem, Pág. 120.

[423] TERRA DE OLIVEIRA, William, *Blanqueo de capitales y financiación del terrorismo*, tesis doctoral, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, España, 2017, Pág. 142.

[424] CARO CORIA, Dino Carlos, "Lavado de activos provenientes del delito tributario"; en *Lavado de activos y compliance. Perspectiva internacional y*

*Derecho comparado*, Kai Ambos y otros (Coordinadores), Jurista Editores, Lima, Perú, 2015, Pág. 152.

[425]

CRESPO, Eduardo Demetrio, "Sobre el fraude fiscal como actividad delictiva antecedente del blanqueo de dinero"; en *Nuevo Foro Penal*, Vol. 12, N° 87, Universidad EAFIT, Medellín, Colombia, 2016, Pág. 111.

[426]

MALLADA FERNÁNDEZ, Covadonga, *Fiscalidad y blanqueo de capitales*, tesis doctoral, Universidad de Oviedo, Oviedo, España, 2011, Pág. 208.

[427]

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, "El blanqueo del tributo impagado"; en *Revista de derecho, empresa y sociedad (REDS)*, N° 13 (segunda época), Madrid, España, Dykinson, 2018, Pág. 32.

[428]

ADRADA DE LA TORRE, Jaime, *El delito fiscal como actividad delictiva antecedente al delito de blanqueo de capitales*; consultado en [<http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2017/03/doctrina45012.pdf>], Pág. 18.

[429]

CAPOZZOLLO, Francisco, "El delito fiscal como subyacente/antecedente del delito de blanqueo de capitales"; consultado en [<http://ijeditores.com/articulos.php?idarticulo=67332&print>]

[430]

AMBOS, Kai, "La defraudación tributaria como hecho previo del lavado de dinero en Alemania"; en *Lavado de activos y compliance. Perspectiva internacional y Derecho comparado*, Kai Ambos y otros (Coordinadores), Lima, Perú, Jurista Editores, 2015, Pág. 302.

[431]

ORÉ SOSA, Eduardo A., *La problemática del delito de lavado de activos*, Lima, Perú, Gaceta Jurídica, 2018, Pág. 138.

\*

— *Doctora en Derecho por la Universidad Autónoma de Madrid. Docente en la Universidad de Buenos Aires. Este trabajo se enmarca en el Proyecto de I+D La responsabilidad penal de empresas transnacionales por violaciones a los Derechos Humanos y al medio ambiente (DER 2017-85144-C2).*

[432]

MONTERO, Jerónimo, "Discursos de moda: ¿cómo justificar la explotación de inmigrantes en talleres de costura?", en *Trabajo y Sociedad*, N° 23, Santiago del Estero, 2014, p.112. La flexibilidad laboral es la principal consecuencia de la nueva dimensión adquirida por el mercado laboral caracterizado por el modelo "post fordista" que crea mejores condiciones para la libre empresa. Esta situación deriva en la aprobación por el Estado de normativas laborales desproteccionistas, con una pérdida considerable de derechos laborales. La imposición de condiciones precarias a los trabajadores alcanza la condición de objetivo prioritario para un mercado global que únicamente atiende a aquellos sujetos que adquieren -a su modo de ver-, la condición de ciudadanos a la vista de los intereses de la economía global, esto es los *consumidores*. El resto, o sea las personas que carecen de disponibilidad económica para integrarse en un sistema económico caracterizado por la inmediatez, liviandad y automatismo en el consumo, desprovistos ahora de cualquier medida proteccionista estatal, están abocados a ser instrumentalizados como medios para la producción de bienes al menor coste posible, flexibilizando al máximo sus derechos. Junto a la flexibilización laboral, el mercado global que precisa de productos a bajo coste,

se nutre de un segundo factor, el colectivo de personas que se ubican en un eslabón inferior al de los trabajadores, al carecer de cualquier tipo de derecho o condición laboral: es el colectivo de extranjeros objeto de trata de personas. La producción a bajo coste solo se concibe a través de la instrumentalización de aquellos sujetos que el sistema excluye del mismo y que son reducidos a mercancía dentro de la economía global, a través del delito de trata (PÉREZ MACHÍO, A., "Trata de personas con fines de explotación laboral: la globalización del delito y su incidencia en la criminalización de la victimización irregular", *Estudios Penales y Criminológicos*, Vol. 36, 2016, pp. 377/80).

[433]

El término "clandestinos" hace mención a muchas situaciones, ausencia de registración (por ejemplo en la Administración Federal de Ingresos Públicos (AFIP), ausencia de habilitación municipal, que los trabajadores no estén registrados, etc.). Sin embargo, hay casos de talleres textiles clandestinos inscriptos en la AFIP y dan facturas y hasta están habilitados, en los cuales los trabajadores estaban reducidos a servidumbre. Se puede definir al TTC como la unidad productiva que, por lo general, no se encuentra habilitado legalmente para funcionar y permanece oculta a las autoridades administrativas y al control sindical, con el fin de eludir la normativa laboral y de ese modo reducir los costos asociados a la mano de obra. En algunos talleres se da el caso de que embarazadas y niños menores de edad realizan labores a la par que el resto de los trabajadores. Por otra parte, no es ilegal brindar vivienda a los trabajadores, siempre que se respete su dignidad e integridad (LIEUTIER, A., *Esclavos*, Buenos Aires, 2009, pp. 24/28).

[434]

Se estima que el 25% de la problemática del trabajo con fines de explotación se da en los talleres textiles clandestinos; 3 de cada 4 trabajadores del sector no están registrados. Los inmigrantes bolivianos, víctimas del delito de trata en Argentina, se estiman entre 100 y 130.000 (BENENCIA, R., "El infierno del trabajo esclavo: La contracara de las exitosas economías étnicas", *Avá*, Vol. 15, 2009, pp. 53 y ss.).

[435]

MONTERO, Jerónimo, *Trabajo y Sociedad*, p. 40; LIEUTIER, *Esclavos*, pp. 92/93. Los TTC son preferentemente pequeños. Entre 10 y 20 personas es el número más común. Es justamente esta escala pequeña y familiar la que rinde y los vuelve rentables, flexibles frente al ritmo y variación de los pedidos y la posibilidad de la alternancia con una producción para venta propia. La alta rotación de trabajadores en el TTC se sustenta en el continuo flujo de migrantes que se suceden como "aprendices", pero también es impulsada por las extremas condiciones de trabajo que suelen ser soportadas por dos años como máximo (GAGO, V., *La razón neoliberal*, Buenos Aires, 2014, pp.155/157).

[436]

Ver GALLO/GARCÍA SEDANO, *Formas modernas de esclavitud y explotación laboral*, Buenos Aires, 2020, pp. 3 y ss.

[437]

MONTERO, Jerónimo, *Trabajo y Sociedad*, N° 23, 2014, pp. 110 y ss.

[438]

MONTERO, Jerónimo, "Los "talleres clandestinos" y el funcionamiento de la industria de la indumentaria: El gobierno de la cadena productiva", disponible en: [www.mpf.gob.ar](http://www.mpf.gob.ar), pp. 4 y ss.

[439] MONTERO, Jerónimo, *www.mpf.gob.ar*, pp. 4 y ss.; MONTERO, J./ABALO, E., *Boletín GeoEcon*, n° 1, año 2016, *boletingeoecom.wordpress.com*, p. 71.

[440] BENTOLILA, C., DONADI, L., y PERÍN, H., “El empleo en el sector textil de indumentaria”, MATTA/MAGNANO (coord.), *Trama productiva urbana y trabajo decente. Estrategias para la cadena productiva textil de indumentaria en áreas metropolitanas*, Buenos Aires: Oficina de País de la OIT, 2011, p. 124. El poder disciplinador se incrementa, además, por la potencial competencia de productos importados, frente a la cual la producción local es poco competitiva (*ibídem*).

[441] Los talleres informales y clandestinos: el actor más numeroso de la cadena. Dentro de su amplio universo existe un abanico de condiciones laborales, que van desde la falta de registración laboral hasta la trata de personas con fines de explotación laboral, trabajo forzoso y reducción a servidumbre (MONTERO, *www.mpf.gob.ar*, p.2).

[442] ARCOS, María Ayelén, “Talleres clandestinos”: el traspasamiento de las “Grandes Marcas”. Organización del trabajo dentro de la industria de la indumentaria”, *Cuadernos de Antropología*, N° 10, 2013, pp. 333 y ss. El titular de la marca debe controlar la producción en todos los “peldaños” si quiere evitar su responsabilidad penal. Si bien es una tarea compleja, existen varias formas de evitar o reducir el riesgo de explotación. Controlar el circuito requiere inspecciones, por lo que los contratos que las marcas firman con sus subcontratistas deben incluir la posibilidad de inspeccionar las fábricas y talleres, solicitar la nómina de trabajadores y controlar que se hagan los aportes patronales, bajo amenaza de romper el contrato en caso de irregularidad (MONTERO, *Trabajo y Sociedad*, N° 23, 2014, p. 118).

[443] ARCOS, María Ayelén, *Cuadernos de Antropología*, N° 10, 2013, pp. 333 y ss.

[444] ARCOS, María Ayelén, *Cuadernos de Antropología*, N° 10, 2013, pp. 333 y ss.

[445] ARCOS, María Ayelén, *Cuadernos de Antropología*, N° 10, 2013, pp. 333 y ss.

[446] Ver, GALLO/GARCÍA SEDANO, *Formas modernas de esclavitud y explotación laboral*, pp. 66 y ss.

[447] BENTOLILA, C., DONADI, L., y PERÍN, H., *Trama productiva urbana y trabajo decente. Estrategias para la cadena productiva textil de indumentaria en áreas metropolitanas*, pp. 124 y ss.

[448] En este sentido cabe aclarar que el tallerista es el *gestor* del taller pero según las pautas impuestas por el empresario (organizador de la producción). Gestión del TTC y organización de la producción son cara y contracara de la misma realidad.

[449] Por eso se debe distinguir la delegación de la transmisión. Transmitir es enajenar, ceder, o dejar a alguien un derecho u otra cosa, trasladar. Mientras

que una transmisión implica la desvinculación por parte del transmisor de aquello que es objeto de su acción, no pasa lo mismo en los supuestos de delegación. En ella se da a otro la jurisdicción, el poder o autoridad sobre algo propiedad del dador, pero no se produce la enajenación de lo delegado. Delegar una tarea no es transmitirla sin más como si de una compraventa se tratara. La hipótesis de la exoneración -del delegante- no sólo olvida que el ámbito delegado sigue siendo un ámbito de éste, sino también la desprotección a la que tal mecanismo conduciría en ámbitos tan importantes como éste y las ventajas que ya comporta la delegación como aligeración del contenido de un deber (LASCURAÍN SÁNCHEZ, J., “La prevención penal de los riesgos laborales: cinco preguntas”, *Estudios penales en homenaje al Profesor Cobo del Rosal*, Madrid, 2005, pp.576/77; el mismo, *Los delitos de omisión: fundamentos de los deberes de garantía*, Madrid, 2002, p. 90.

[450] ROBLES PLANAS, R., “Los dos niveles del sistema de intervención en el delito (El ejemplo de la intervención por omisión)”, *InDret*, 2/2012, pp. 13/15.

[451] Ver un desarrollo pormenorizado de esta cuestión en GALLO/GARCÍA SEDANO, *Formas modernas de esclavitud y explotación laboral*, pp. 73 y ss.

[452] LASCURAÍN SÁNCHEZ, J., “El blanqueo: concepto y lesividad”, *Revista Internacional Transparencia e Integridad*, n°3, Enero/abril, 2017, pp. 2 y ss.

[453] *Ibidem*.

[454] *Ibidem*.

[455] Ver por todos, BERRUEZO/COPPOLA, *El delito de blanqueo de dinero*, Buenos Aires, 2018, pp. 80/87.

[456] *Ídem*, p. 98.

[457] D’ALBORA, Francisco, *Lavado de dinero*, Buenos Aires, 2020, p. 131; VERDE, A., *Encubrimiento, Receptación y Lavado de Activos*, Buenos Aires, 2021, p. 31.

[458] VERDE, *Encubrimiento, Receptación y Lavado de Activos*, p. 25.

[459] *Ídem*, p. 35. En sentido similar, TROVATO, G., “Comentarios al art. 303 CP”, en BAIGÚN/ZAFFARONI (Dir), *Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, Tomo XII, Buenos Aires, 2017, p.577. Para otros autores, se requiere dolo directo (ABOSO, G., *Código Penal de la República Argentina. Comentado, concordado con jurisprudencia*, Buenos Aires 2017, p.1498; DONNA, E., *Derecho Penal. Parte Especial*, Tomo III, Santa Fe, 2012, p.610).

[460] CÓRDOBA, F., *Delito de lavado de dinero*, Buenos Aires, 2019, pp. 85/86. Esta interpretación se desprende de los Antecedentes Parlamentarios, donde se dice que el comportamiento que, como arquetipo de lavado, tuvo en mente tipificar el legislador fue la realización de una operación en virtud de la cual los bienes “sucios”, que son aplicados en ella, salen “limpios”, en el sentido de que los demás pueden no advertir el origen “maculado” (*ibídem*).

- [461] CÓRDOBA, *Delito de lavado de dinero*, p. 87, con cita de TROVATO.
- [462] Sala II - FSM 35283/2015/42/CA4, "G., J.C. y otros s/ procesamiento y embargo" Juzg. Fed. N° 1 - Sec. N° 2.
- [463] *Ibidem.*
- [464] Para otra postura se trata de un delito de peligro concreto (ver BERRUEZO/COPPOLA, *El delito de blanqueo de dinero*, pp. 78/79).
- [465] CÓRDOBA, *Delito de lavado de dinero*, p. 87.
- [466] CASTELLUCCI, M., "El delito de lavado de activos de origen ilícito: análisis de cuestiones problemáticas que giran en torno al delito", *Revista Nueva Crítica Penal*, Año 2, Número 2, julio 2019/enero 2020, pp. 133/34.
- [467] DONNA, S., El problema del delito precedente en el tipo penal del artículo 303 del Código Penal Argentino (lavado de dinero), *Revista de Derecho Penal-Derecho penal Económico*. Lavado de activos, blanqueo, decomiso y constitucionalidad de la extinción de dominio-I.2022, pp. 11 y ss.
- [468] *Ibidem.*
- [469] *Ibidem.*
- [470] *Ibidem.*
- [471] LUDMER, G., "Informalidad laboral en la industria textil y de indumentaria: un análisis desde la estructura productiva", p. 18, disponible en [portalcdi.mecon.gov.ar](http://portalcdi.mecon.gov.ar).
- [472] *Ibidem.*
- [473] El término "cortafuego" es usado aquí en un sentido metafórico, teniendo en cuenta su definición en el Diccionario de la Real academia Española: "Vereda ancha que se hace en los sembrados y montes para que no se propaguen los incendios".
- [474] MONTERO, Jerónimo, [www.mpf.gob.ar](http://www.mpf.gob.ar), pp. 5 y ss. GAGO presenta esta realidad como una "economía-ensamblaje". La segmentación de la cadena de valor permite que se complementen intermediarios, talleristas, marcas y trabajadores. Lo importante es la conexión entre estos eslabones: la orden del pedido, el cumplimiento de plazos, el traslado de mercaderías, etc., lo cual permite que algunas marcas también mixturan parte de su producción realizada en blanco, legal, cuyas facturas y comprobantes pueden presentarse en caso de inspección, con otra parte en negro que permanece oculta (*La razón neoliberal*, p. 154).
- [475] Entre esas firmas, ha sido denunciado el caso de Karina Kanaan SRL que figura como confeccionista o proveedora oficial (registrada) de Zara y otras grandes marcas (ver las notas: "Esclavos de la moda", 28/2/2015, disponible en [voxpolygon.wordpress.com](http://voxpolygon.wordpress.com) y "Segunda denuncia penal contra la marca Zara y escrache a su local", 12/4/2013, disponible en [laalameda.wordpress.com](http://laalameda.wordpress.com)).



También se ha denunciado a la firma Textil Delos, respecto de la que se ha dicho que confeccionaba para grandes marcas, pero a través de talleres clandestinos en los que se pagaba en negro y se violaban normas migratorias. En la nota periodística citada, se indica que la firma mencionada fue inspeccionada por la Subsecretaría de Trabajo, Empleo y Formación Profesional. El comunicado del Gobierno porteño señala que “se estableció que Delos utilizaba para la confección, cuatro talleres...”. Tras esas inspecciones, la Procuración General de la Ciudad de Buenos Aires, presentó la denuncia por haberse detectado un sistema de producción a través del cual, marcas de primera línea (como Unisol, Alpargatas, Bensimon y Le Coq Sportiff), utilizando como intermediaria a Textil Delos, realizaban parte de su producción en talleres clandestinos, donde se violaban normas laborales y penales de primer orden (ver nota: “Denuncian a textiles por empleo en negro”, 31/7/2007, *Ámbito*, disponible en [www.ambito.com](http://www.ambito.com)).

[476]

Organización no gubernamental que lucha contra la trata de personas, el trabajo esclavo, la explotación infantil, el proxenetismo y el narcotráfico, lo que incluye el trabajo contra la corrupción y delitos tales como el lavado de dinero, tráfico de bebés y delitos ambientales. La fundación focaliza su actividad jurídica en la asistencia y asesoramiento a personas afectadas por el trabajo esclavo, redes de trata y talleres clandestinos (ver: [www.buenosaires.gob.ar](http://www.buenosaires.gob.ar)).

[477]

“Del taller clandestino a la gran vidriera”, 3/5/2015, Página 12, [www.pagina12.com.ar](http://www.pagina12.com.ar).

[478]

ABOSO, *Código Penal, comentado y concordado*, p. 1546; BERRUEZO, R, Límites a la extensiva interpretación del delito de lavado de dinero, *Revista de Derecho Penal-Derecho penal Económico*. Lavado de activos, blanqueo, decomiso y constitucionalidad de la extinción de dominio-I.2022, pp. 46 y ss.

[479]

BERTONE/CABANELLAS DE LAS CUEVAS, *Derecho de Marcas*, Tomo I, Buenos Aires, 1989, pp. 26/27.

[480]

ARCOS, María Ayelén, “Costureros y bolivianos. Aproximaciones actuales sobre la importancia de la articulación identidad y trabajo en la industria de la indumentaria en Argentina”, ponencia presentada en la Reunión de Antropología del Mercosur (RAM-2013), p. 3; la misma, en *Cuadernos de Antropología*, N° 10, 2013, p. 333; MONTERO, J./ABALO, E., *Boletín GeoEcon*, n° 1, año 2016, p. 69.

[481]

RAGUÉS I VALLÉS, R., *La ignorancia deliberada*, Barcelona, 2007, p. 145.

[482]

BERRUEZO, Rafael, “Límites a la extensiva interpretación del delito de lavado de dinero”, *Revista de Derecho Penal-Derecho penal Económico*. Lavado de activos, blanqueo, decomiso y constitucionalidad de la extinción de dominio-I.2022, p. 209.

\*

— Abogado. Doctor en Derecho Penal de la Universidad Complutense de Madrid, España. “Sobresaliente Cum Laude por unanimidad”. Docente Universitario. Autor de varias publicaciones nacionales y extranjeras.

[483] LÓPEZ-FRAGOSO ALVÁREZ, Tomás, *Las intervenciones telefónicas en el proceso penal*, Editorial Colex, Madrid, España, 1991, pág. 12

[484] PAZ RUBIO, José María, MENDOZA MUÑOZ, Julio, OLLE SESÉ, Manuel y RODRÍGUEZ MORICHE, Rosa María: *La prueba en el proceso penal. Su práctica ante los Tribunales*, Editorial Colex, Madrid, España, 1999, pág. 209.

[485] Sentencia del Tribunal Supremo español de 31.10.1994 (RJ 1994/9076)

[486] Artículo 33 - DEL DERECHO A LA INTIMIDAD. La intimidad personal y familiar, así como el respeto a la vida privada, son inviolables. La conducta de las personas, en tanto no afecte al orden público establecido en la ley o a los derechos de terceros, está exenta de la autoridad pública. Se garantizan el derecho a la protección de la intimidad, de la dignidad y de la imagen privada de las personas.

[487] Artículo 36 - DEL DERECHO A LA INVIOABILIDAD DEL PATRIMONIO DOCUMENTAL Y LA COMUNICACION PRIVADA. El patrimonio documental de las personas es inviolable. Los registros, cualquiera sea su técnica, los impresos, la correspondencia, los escritos, las comunicaciones telefónicas, telegráficas o de cualquier otra especie, las colecciones o reproducciones, los testimonios y los objetos de valor testimonial, así como sus respectivas copias, no podrán ser examinados, reproducidos, interceptados o secuestrados sino por orden judicial para casos específicamente previstos en la ley, y siempre que fuesen indispensables para el esclarecimiento de los asuntos de competencia de las correspondientes autoridades. La ley determinará modalidades especiales para el examen de la contabilidad comercial y de los registros legales obligatorios. Las pruebas documentales obtenidas en violación o lo prescripto anteriormente carecen de valor en juicio. En todos los casos se guardará estricta reserva sobre aquello que no haga relación con lo investigado.

[488] Artículo 165. PRINCIPIO. No podrán ser valorados para fundar una decisión judicial, ni utilizados como presupuestos de ella, los actos cumplidos con inobservancia de las formas y condiciones previstas en la Constitución, en el Derecho Internacional vigente y en este código, salvo que la nulidad haya sido convalidada. Las partes sólo podrán impugnar las decisiones judiciales que les causen agravio, fundadas en el defecto, en los casos y formas previstos por este código, siempre que no hayan contribuido a provocar la nulidad. Sin embargo, el imputado podrá impugnar una decisión judicial, aunque haya contribuido a provocarla. Se procederá de igual modo cuando la nulidad consista en la omisión de un acto que la ley prevé.

Artículo 166. NULIDADES ABSOLUTAS. Además de los casos expresamente señalados en este código, serán consideradas nulidades absolutas aquellas concernientes a la intervención, asistencia y representación del imputado, en los casos y formas que este código establezca, o las que impliquen inobservancia o violación de derechos y garantías previstos en la Constitución, el Derecho Internacional vigente y este código.

Artículo 171. EFECTOS. La nulidad declarada de un acto anula todos los efectos o actos consecutivos que dependan de él. Sin embargo, no se podrá retrotraer el procedimiento a etapas anteriores, con grave perjuicio para el

imputado, cuando la nulidad se funde en la violación de una garantía prevista en su favor. Al declararla, el juez o tribunal establecerá, además, a cuáles actos anteriores o contemporáneos alcanza la nulidad por relación con el acto anulado.

Artículo 174. EXCLUSIONES PROBATORIAS. Carecerán de toda eficacia probatoria los actos que vulneren garantías procesales consagradas en la Constitución, en el derecho internacional vigente y en las leyes, así como todos los otros actos que sean consecuencia de ellos.

[489]

Artículo 198. INTERCEPCIÓN Y SECUESTRO DE CORRESPONDENCIA. Siempre que sea útil para la averiguación de la verdad, el juez ordenará, por resolución fundada, bajo pena de nulidad, la intercepción o el secuestro de la correspondencia epistolar, telegráfica o de cualquier otra clase, remitida por el imputado o destinada a él, aunque sea bajo nombre supuesto. Regirán las limitaciones del secuestro de documentos u objetos.

Artículo 199. APERTURA Y EXAMEN DE CORRESPONDENCIA. Recibida la correspondencia o los objetos interceptados, el juez procederá a su apertura haciéndolo constar en acta. Examinará los objetos y leerá para sí el contenido de la correspondencia. Si guardan relación con el procedimiento ordenará el secuestro; en caso contrario, mantendrá en reserva su contenido y dispondrá la entrega al destinatario.

Artículo 200. INTERVENCIÓN DE COMUNICACIONES. El juez podrá ordenar por resolución fundada, bajo pena de nulidad, la intervención de las comunicaciones del imputado, cualquiera sea el medio técnico utilizado para conocerlas. El resultado sólo podrá ser entregado al juez que lo ordenó, quien procederá según lo indicado en el artículo anterior; podrá ordenar la versión escrita de la grabación o de aquellas partes que considere útiles y ordenará la destrucción de toda la grabación o de las partes que no tengan relación con el procedimiento, previo acceso a ellas del Ministerio Público, el imputado y su defensor. La intervención de comunicaciones será excepcional.

[490]

Sentencia del Tribunal Constitucional español, S.T.C. 114/1984, de 22 de noviembre de 1984.

[491]

Intervención de comunicaciones telefónicas. Artículo 236. - El juez podrá ordenar, mediante auto fundado, la intervención de comunicaciones telefónicas o cualquier otro medio de comunicación del imputado, para impedir las o conocerlas. Bajo las mismas condiciones, el Juez podrá ordenar también la obtención de los registros que hubiere de las comunicaciones del imputado o de quienes se comunicaran con él. *(Párrafo incorporado por art. 7° de la Ley N° 25.760 B.O. 11/8/2003)* En las causas en que se investigue alguno de los delitos previstos en los artículos 142 bis y 170 del CODIGO PENAL DE LA NACION, o que tramiten en forma conexas con aquéllas, cuando existiese peligro en la demora, debidamente justificado, dichas facultades podrán ser ejercidas por el representante del MINISTERIO PUBLICO FISCAL, mediante auto fundado, con inmediata comunicación al Juez, quien deberá convalidarla en el término improrrogable de veinticuatro horas, bajo pena de nulidad del acto y consecuente ineficacia de la prueba introducida a partir de él. *(Párrafo incorporado por art. 7° de la Ley N° 25.760 B.O. 11/8/2003)*

[492]

*(Párrafo incorporado por art. 7° de la Ley N° 25.760 B.O. 11/8/2003)*

[493]

Ley de Enjuiciamiento criminal artículo 588 *ter d*) 3. En caso de urgencia, cuando las investigaciones se realicen para la averiguación de delitos relacionados con la actuación de bandas armadas o elementos terroristas y existan razones fundadas que hagan imprescindible la medida prevista en los apartados anteriores de este artículo, podrá ordenarla el Ministro del Interior o, en su defecto, el Secretario de Estado de Seguridad. Esta medida se comunicará inmediatamente al juez competente y, en todo caso, dentro del plazo máximo de veinticuatro horas, haciendo constar las razones que justificaron la adopción de la medida, la actuación realizada, la forma en que se ha efectuado y su resultado. El juez competente, también de forma motivada, revocará o confirmará tal actuación en un plazo máximo de setenta y dos horas desde que fue ordenada la medida.

[494]

Resulta de especial referencia el fallo de la Sala IV de la Cámara Nacional de Casación Penal de Argentina en la causa: Quaranta, José Carlos s/ inf. ley 23.737 nro. 763 del 31 de agosto de 2010 en el que se afirma que: "20) Que, en el caso, el juez no expresó en el auto de fs. 3 las razones por las cuales consideró procedente la intervención telefónica dispuesta, tampoco remitió a ningún elemento objetivo de la causa que pudiera fundar una mínima sospecha razonable y, por último, ni siquiera obra información de esas características como antecedente inmediato de la decisión judicial examinada. En efecto, lo único con que se contaba a ese momento consistía, simplemente, en datos aislados y afirmaciones infundadas aportadas por un llamado telefónico anónimo irrelevantes la mayoría de ellos a los fines del objetivo perseguido y meramente conjetural el único que podría tener algún interés para la causa: "...se dedicaría al tráfico de estupefacientes, más precisamente a la comercialización de troqueles de L.S.D. y anfetaminas..." y que "...habría comercializado TRES MIL (3.000) dosis de L.S.D., durante el mes de junio ppdo. pasado..." (ver comunicación policial de fs. 1, antecedente de las medidas instructorias requeridas por los fiscales a fs. 2 y del auto del magistrado que ordenó la intervención telefónica de fs. 3)C los que resultan manifiestamente insuficientes para brindarle al juez una base sustancial, objetiva, que le permita determinar la existencia de una sospecha razonable.

Que, asimismo, ninguna investigación se encontraba en marcha en ocasión de disponerse la intervención ordenada a fs. 3, sino que esa medida de coerción puso en marcha una investigación judicial vulnerando derechos amparados constitucionalmente sin justificación conocida, revelándose así Cuna -10- vez más la falta de presupuestos para llevarla a cabo. 21) Que, en definitiva, si la mera expresión de la sospecha de un funcionario público no constituye per se la base objetiva a la que se viene haciendo referencia (causa "Yemal", disidencia del juez Petracchi, considerando 5º y sus citas, Fallos: 321:510), tampoco puede entenderse que lo sean las vagas afirmaciones formuladas en un llamado telefónico anónimo. Que, si el Estado pudiera entrometerse en el secreto de las comunicaciones telefónicas a partir de "sospechas" de la entidad de las descritas más arriba, el derecho reconocido constitucionalmente resultaría ciertamente de poca o ninguna relevancia."

[495]

Sentencia del Tribunal Supremo español del 20/05/1994 (RJ 1994/3942).

[496]

La ley Orgánica 13/2015, regula los denominados hallazgos casuales o fortuitos que serían básicamente descubrimientos ocasionales que pueden surgir durante una intervención telefónica lícita pero que no se corresponden con la inicial finalidad de la misma en virtud de la cual se autorizó y que por tanto afectan derechos de terceros.

[497]

Sentencia del Tribunal Supremo español de 23/12/1994 (RJ 1994/10266), ver también S.T.S., “La necesidad de una medida a la que sólo cabe acudir si es realmente imprescindible tanto desde la perspectiva de la probable utilidad como de la cualidad de insustituible, porque si no es probable que se obtengan datos esenciales o si éstos se pueden lograr por otros medios menos gravosos, el principio de proporcionalidad vetaría la intervención (Sentencia del Tribunal Constitucional de 31 enero 1985 [RTC 1985\13])”.

[498]

En igual sentido la ley 1340/88, Artículo 88.- El juez podrá autorizar en cada caso y por tiempo determinado, a solicitud de la Secretaría Nacional Antidroga (SENAD) o del fiscal, a que ellos o sus agentes debidamente individualizados, fotografíen o filmen a los sospechosos y sus movimientos o que intercepten, registren, graben o reproduzcan sus comunicaciones orales, cablegráficas o electrónicas. La solicitud contendrá el tipo de secuencias que se propone fotografiar o filmar o el tipo de comunicaciones que se propone interceptar, registrar, grabar o reproducir; los medios técnicos que se utilizarán para ese efecto, y los logros que se estimen obtener mediante la aplicación de dichos procedimientos. El juez podrá exigir al solicitante elementos de juicio adicionales que respalden la solicitud. Se transcribirán en acta o se conservarán solamente los documentos recolectados que tengan relación con los hechos investigados. Y de manera muy clara el Artículo 89.- El juez autorizante y el Ministerio Público efectuarán el seguimiento y control de cada operativo e investigación, pudiendo impartir instrucciones sobre su desarrollo. El juez y el Ministerio Público serán permanentemente informados del curso de los operativos e investigaciones y las evidencias obtenidas serán puestas a su disposición. Asimismo, el “Artículo 282 del CPP. CONTROL JUDICIAL. Las actuaciones de investigación del Ministerio Público, la Policía Nacional y la Policía Judicial se realizarán siempre bajo control judicial. A los jueces penales les corresponderá realizar los anticipos jurisdiccionales de prueba, resolver los incidentes, excepciones y demás peticiones de las partes, otorgar autorizaciones y, en general, controlar el cumplimiento de todos los principios y garantías establecidos en la Constitución, en el Derecho Internacional vigente y en este código.”

[499]

Sentencia del Tribunal Supremo español. S.T.S., del 12/04/1997 (RJ 1997/2817).

[500]

Sentencia del Tribunal Constitucional español del 5/04/1999, STS 49/1999.

[501]

Sentencia del Tribunal Supremo español del 11/10/1994 (RJ 1994/8170).

[502]

Auto Interlocutorio Nro. 295/2021, Tribunal de Apelación, Cuarta Sala. Asunción.

\*  
– *Catedrática acreditada de Derecho penal de la Universidad de Valencia. Vicedecana de la Facultad de la Universidad de Castellón (2010/2020). Miembro del Instituto de Criminología de la Universidad de Valencia y de la Comisión Académica del Máster de la Abogacía. Directora del Máster Universitario de la Abogacía (Facultad Derecho, Universidad de Valencia). Reconocidos 3 sexenios de investigación.*

[503] <https://d2u3kfwd92fzu7.cloudfront.net/Art%20Market%202022.pdf>

[504] SUÁREZ-MANSILLA, M., Nuevas medidas de lucha contra el tráfico ilícito de bienes culturales. Especial referencia al Reglamento (UE) 2019/880”, en VVAA (Guisasola, Dir), *Tutela de bienes culturales. Una visión cosmopolita desde el derecho penal, el derecho internacional y la criminología*, Valencia 2021, p. 616 y ss.

[505] Como curiosidad, la Fundación que gestiona el patrimonio de la Casa de Alba presentó el pasado mes de mayo este miércoles a los participantes del Foro Económico Mundial una de las cartas escritas por Cristóbal Colón a Isabel La Católica que tiene en propiedad y que ha convertido en un activo digital único del documento (NFT). La carta fue valorada hace años por la casa de subastas Christie’s en 100 millones de dólares (unos 93,7 millones de euros). Al tratarse de un documento histórico su posible venta o incluso la salida temporal de la carta de España para una investigación o una exposición tendría que estar previamente autorizada por la Junta de Calificación de Bienes del Patrimonio Histórico Español, perteneciente al Ministerio de Cultura, que difícilmente accedería a ello; cfr. <https://elpais.com/cultura/2022-05-26/la-casa-de-alba-da-el-salto-al-metaverso-en-davos-con-un-nft-de-una-carta-de-colon.html>

[506] Cfr. CRIADO ENGUIX, “Uso de las criptomonedas en el crimen organizado. Valor probatorio de la tecnología blockchain)” en *Revista Derecho y Proceso Penal*, n.66 2022.

[507] La venta estrella hasta el momento fue la de «Everyday’s: The First 500 Days», un *collage* con 500 fotos de las que lleva haciéndose diariamente desde hace más de una década el artista conocido como Beeple (Mike Winkelman), que fue vendida en Christie’s por 69 millones de dólares. Otros casos de éxito de los últimos meses han sido la venta en Sotheby’s de obras sueltas del colectivo Pak por 16,8 millones de dólares; la reventa del corto del propio Beeple «Crossroad 1/1» (diez segundos de duración) por parte del coleccionista Pablo Rodríguez-Fraile a un comprador anónimo con una revaloración de 66.666 a 6,6 millones dólares; o las ventas de algunos *memes* populares de internet, como el gato pixelado sobre un arcoiris *Nyan Cat* por 600.000 dólares, o la de la foto conocida como «Disaster Girl» de una niña sonriendo ante su casa en llamas, que la protagonista vendió por 400.000 dólares. Cfr. DÍEZ JULIÁN: “Criptoarte”, una moda inversa que exige atención” en *Escritura Pública*, 2021.

[508] MUNNELLY: “Compliant or complicit. Security implications of the art market”, in *European Union Institute for Security Studies*, 2021. En nuestro país ROMA VALDÉS (“Mercado del arte y antigüedades y prevención delictiva” en *Cuadernos de Prehistoria y Arquitectura de la Universidad de Granada*

2015, p.145) hacía ya referencia hace unos años a que en un en ocasiones el mercado de arte y antigüedades se ha venido calificando como un mercado “gris” en la medida en que conviven junto a la mayoría de piezas carentes de tacha en cuanto a su origen, algunas de origen ilícito.

[509]

SABRINE, I./ RUFÍAN FDEZ, F.J.: “Tráfico ilícito de antigüedades. Una visión internacional del problema”, en *Tutela de bienes culturales. Una visión cosmopolita desde el derecho penal, el derecho internacional y la criminología*, Valencia 2021, p. 599. En esta dirección, VEIGA COPO, A.: *Valorización jurídica y económica de las obras de arte*, Navarra 2022, p.119.

Acerca de la “opacidad” del mercado de bienes culturales, a raíz de la reforma penal italiana, IAGGNEMMA, C., “I nuovi reati inerenti ai beni culturali. Sul persistere miope di una política criminale ricondotta alla deterrenza punitiva” in *Archivio Penale* 2022, n.1

[510]

Cfr. BERRUEZO, Rafael, “Responsabilidad penal de las personas jurídicas en el delito de contrabando” en *Revista de Derecho Penal Económico. Lavado de activos, blanqueo, decomiso y constitucionalidad de la extinción de dominio*, I, 2022, p.335 y ss.; consultado en [[https://www.abc.es/cultura/arte/abci-juez-argentino-procesa-christies-contrabando-obras-arte-202111142004\\_noticia.html](https://www.abc.es/cultura/arte/abci-juez-argentino-procesa-christies-contrabando-obras-arte-202111142004_noticia.html)]

[511]

<https://www.infobae.com/cultura/2022/04/14/un-libro-peruano-de-1735-robado-y-en-venta-por-3-mil-euros-la-historia-detras-de-su-recuperacion/>

[512]

<https://elpais.com/cultura/2022-05-26/imputado-un-expresidente-del-louvre-por-blanqueo-y-traffic-de-antiguedades.html>

[513]

<https://elpais.com/espana/2022-05-02/hoteles-restaurantes-coches-joyas-y-obras-de-arte-la-mecanica-del-blanqueo-de-dinero.html>

[514]

<https://elpais.com/espana/2022-07-06/llegan-a-espana-las-obras-de-arte-valoradas-en-156-millones-que-la-trama-punica-oculto-en-suiza.html>

[515]

LASCANO, C.J., “Tráfico ilícito de objetos prohibidos: bienes culturales y órganos y tejidos humanos extraídos forzosamente a través de la trata de personas” en Pérez Cepeda (Dir): *Política criminal ante el reto de la delincuencia transnacional*, p.947 y ss.

[516]

BALCELLS, M., “Aspectos criminológicos del expolio y del tráfico ilícito del patrimonio arqueológico” en *El expoliar se va a acabar. Uso de detectores de metales y arqueología*, Valencia, 2018, p.345 y ss.

[517]

<https://www.interpol.int/es/Noticias-y-acontecimientos/Noticias/2020/Accion-internacional-contra-el-traffic-de-bienes-culturales-101-detenido-y-19-000-objetos-recuperados>

[518]

Acerca de las primeras iniciativas contra el blanqueo y la Convención de Viena de 1988, cfr. MATA LLÍN EVANGELIO; “Blanqueo de capitales y principios penales” en *Teoría y Derecho*, 2018, p.275.

Puede verse un estudio acerca de las Directivas, entre otros, en GÓMEZ INIESTA, D.: “Las “Eurodirectivas” en materia de blanqueo de dinero” en

*Estudios Penales en homenaje al profesor Lorenzo Salgado*, Valencia 2021, p. 611 y ss.

[519] Directiva 2001/97/CE

[520] Directiva 2005/60/CE

[521] FERNÁNDEZ LORENZO, P, "El blanqueo de capitales en el mercado del arte. La Quinta Directiva (UE) 2018/843., en *Tutela de los bienes culturales*, cit., p. 174 y ss. Acerca de la Quinta Directiva, NIÑO ALFONSO, B.: "Endurecimiento de la normativa sobre el blanqueo de capitales" en *Tendencias*, n.130, febrero 2020.

[522] Acerca de los puertos francos, v. PERIAGO MORANT, J.J.: "Puertos francos: el arte que no verás" en *Tutela de bienes culturales. Una visión cosmopolita desde el derecho penal, el derecho internacional y la criminología*, cit., p.

[523] KORVER, R.: *Money laundering and tax evasion risks in free ports* (studio), Bruselas, 2018

[524] Asimismo, la autora considera que, en todo caso, la mayor dificultad para los comerciantes de arte y antigüedades sigue residiendo en la identificación del titular real de la operación de compraventa en el caso de personas jurídicas, especialmente teniendo en cuenta las modificaciones de las exigencias de diligencia debida que introduce la Ley, entre las que se incluye la identificación subsidiaria del administrador/es de la sociedad o la identificación del titular en el caso de fideicomisos o trust, vehículos que no se pueden crear bajo el paraguas de la legislación española pero que pueden operar en el mercado español adquiriendo objetos artísticos a galerías y anticuarios españoles. FERNÁNDEZ LORENZO, P. "Art as a method of money laundering: the Malaya case" en *Journal of Art Crime*, 2021, p. 29 y ss

[525] Sobre la misma, MATA LLÍN EVANGELIO, A.: "Qué ha cambiado en el concepto de blanqueo con la Directiva 2018/1673, de 23 de octubre relativa a la lucha contra el blanqueo mediante el Derecho Penal?" en *Temas clave de Derecho Penal. Presente y futuro de la política criminal en España*, 2021, p.450 yss.

[526] GARCÍA CALDERÓN, J.M.: *La defensa penal del patrimonio arqueológico*, 2016, p.250.

[527] En el ámbito que nos ocupa, el Tribunal Supremo realiza una labor de separación entre ambos delitos en la sentencia de 19 de junio de 2020 (Sala de lo Penal) en el caso del expolio de la necrópolis de Aratikos, revocando la condena por el blanqueo de capitales, al apreciar la falta de conducta alguna tendente a ocultar el origen delictivo de los materiales expoliados. Califica la conducta de receptación al desarrollar su actuación con ánimo de lucro, con conocimiento de que los bienes sobre los que se desarrolla su actividad provienen de la comisión de un delito contra el patrimonio o el orden socioeconómico previo en el que no ha participado y con la intención de ayudar



al responsable a aprovecharse de los efectos de ese delito o adquirir los efectos del delito.

[528]

Para MATA LLÍN EVANGELIO un tipo sin límites, vulnerador de principios penales e inadmisibles excesos punitivos, que excede las exigencias derivadas de nuestros compromisos internacionales, “Blanqueo de capitales y principios penales”, ob.cit.

[529]

La cifra de 2500 € está establecida por la Ley 7/2012, de 29 de octubre, de modificación de la normativa tributaria y presupuestaria y de adecuación de la normativa financiera para la intensificación de las actuaciones en la prevención y lucha contra el fraude.

[530]

TOL 5.417.891. Puede verse un interesante comentario a la misma en FERNÁNDEZ LORENZO, P., “Art as a method of money laundering: the Malaya case”, ob.cit.

[531]

SUÁREZ-MANSILLA: “Towards a new content for due diligence IN 21 st Century cultural good transactions, in *Journal of Art Crime*, p. 51 y ss.

[532]

ABEL SOUTO, M: *El blanqueo de capitales en la normativa internacional*, 2002, p. 177 y ss.

[533]

Sobre el particular, LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A., “Blanqueo de capitales” en *Derecho Penal Económico y de la empresa* (Dir. De la Mata), 2018, p.518. Así lo ha entendido la jurisprudencia (SSTS 13/11/2015, 29/03/2016, entre otras).

[534]

Art. 2 (a-z) Ley 2010 de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo, <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2010-6737>

[535]

VIDALES RODRIGUEZ, C., “Blanqueo, responsabilidad de las personas jurídicas y programas de cumplimiento” en (Gómez Colomer, Dir): *Tratado sobre compliance penal: responsabilidad penal de las personas jurídicas y modelos de organización y control*, 2019, p.409 y ss

[536]

Cfr. ABEL SOUTO, M., “La expansión mundial del blanqueo de dinero y las reformas penales españolas de 2015, con anotaciones relativas a los ordenamientos jurídicos de Bolivia, Alemania, Ecuador, los Estados Unidos, Méjico y Perú, <https://aidpee.org/wp-content/uploads/2018/03/Abel-Expansi%C3%B3n-mundial-del-blanqueo-2018.pdf>

[537]

Ob. cit., p.513.

[538]

GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., “Responsabilidad penal de las personas jurídicas y delito de blanqueo de dinero”, en ABEL SOUTO, M./SÁNCHEZ STEWART, N. (coords.), *V Congreso sobre prevención y represión del blanqueo de dinero*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

[539]

En particular, cuando el sujeto obligado sea una persona jurídica, la interpretación del inciso “en el ejercicio de su actividad profesional” y la compatibilidad con el tipo imprudente del 301.3 CP Cfr. sobre el particular,

GONZÁLEZ, L., - REQUEJO NAVEROS, M<sup>a</sup> T. “El nuevo tipo agravado del delito de blanqueo de capitales tras la Ley Orgánica 6/2021: la concurrencia en el sujeto activo de la condición de sujeto obligado”, *Diario LA LEY*, Tribuna, 14/05/2021. <https://diariolaley.laleynext.es/dll/2021/05/25/el-nuevo-tipo-agravado-del-delito-de-blanqueo-de-capitales-tras-la-ley-organica-6-2021-la-concurrencia-en-elsujeto-activo-de-la-condicion-de-sujeto-obligado>

[540]

<https://www.eleconomista.es/actualidad/noticias/11844650/06/22/La-UE-acaba-con-el-anonimato-de-las-cripto.html>

[541]

En este sentido, GARCÍA CALDERÓN, J.M.: “Problemas básicos en la persecución del expolio arqueológico” en *Tutela de bienes culturales. Una visión cosmopolita desde el derecho penal, el derecho internacional y la criminología*, Valencia, 2021, p.244.

[542]

La adopción y la ejecución de dichos Planes por parte de determinadas entidades públicas - el Museo Guggenheim Bilbao ha sido pionero en esta orientación y cuenta desde 2011 con una web corporativa que recoge toda la información relevante sobre la gestión y operativa de la organización, - es tendente a conseguir la excelencia en la calidad de su entidad.

[543]

FERNÁNDEZ LORENZO, “El blanqueo de capitales...”, ob. cit. p. 203 y ss.

[544]

SEOANE PEDREIRA, A.: *La prevención del blanqueo de capitales*, Pamplona, 2019, p.199.

[545]

GARCÍA CALDERÓN, J.: “Problemas básicos en la persecución del expolio arqueológico” en *Tutela de los bienes culturales*, cit. p.244 y ss.

[546]

GUISASOLA LERMA, C.: “Delitos contra bienes culturales: especial consideración a los Programas de Cumplimiento Penal (Criminal Compliance Programs) en el sector del mercado del arte” en *Cuadernos de Política Criminal*, 2020, p.7

[547]

Acerca de la verificación previa a la transacción con bienes culturales, NIÑO ALFONSO, B. y M.I.: “Asistencia penal en la protección del patrimonio histórico” en *IV Encuentro profesional sobre lucha contra el tráfico ilícito*, 2016, p.103 y ss.

[548]

Por el momento ha sido firmada por 13 naciones (Italia, México, Armenia, Chipre, Grecia, Letonia, Montenegro, Portugal, Rusia, San Marino, Eslovenia, Ucrania y Hungría) y ratificada por cinco: el primer país fue Chipre en 2017, seguido de México (2018), Grecia y Hungría (2021) y finalmente Italia (2022).

\*

— *Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Abogado. Doctor en Derecho Comparado Público, Universidad Complutense de Madrid. Docente.*

[549]

Europol, *Internet Organised Crime Threat Assessment (IOCTA) 2018*, 2018, 59. Para quien la utilización de cripto monedas permanece como un método activo de transferencia de fondos para fines criminales como financiamiento al terrorismo, tráfico de drogas y otros servicios ilícitos.

[550] U.S Department of Justice, *Report of the Attorney General's CYBER DIGITAL TASK FORCE*, Office of the Deputy Attorney General, October 2020, <https://www.justice.gov/cryptoreport>, P. 1

[551] Pérez López, X., "Las Criptomonedas: consideraciones generales y empleo de las criptomonedas con fines de blanqueo.", en *Blanqueo de capitales y TIC: Marco jurídico Nacional y Europeo, Modus Operandi y Criptomonedas*, Daniel Fernández Bermejo Director, Editorial Aranzadi, 2019, P. 97

[552] Ver, Joffre C., F., "Blanqueo de dinero mediante criptodivisas. Tendencias en la persecución penal de nuevas formas de lavado de dinero y financiamiento del crimen", *DERECHO PENAL CONTEMPORÁNEO - Revista Internacional* N.º 70, Legis, Enero- Marzo, 2020. Ver también Pérez López X., "Las Criptomonedas: consideraciones generales y empleo de las criptomonedas con fines de blanqueo", Op. Cit. P. 97, quien afirma que por las características de descentralización, rapidez e irreversibilidad de las transacciones el uso criminal de criptomonedas supone una ampliación importante para las posibilidades de los delincuentes.

[553] GAFI, *Directrices para un enfoque basado en riesgo. Monedas Virtuales*, Junio de 2015, P. 43. Donde se establecía que: "Las criptomonedas se pueden cambiar por moneda real u otras monedas virtuales son potencialmente vulnerables al abuso de lavado de activos y la financiación terrorista."

[554] Chainalysis, *The 2020 state of crypto crime. Everything you need to know about darknet markets, exchange hacks, money laundering and more*, January 2020, P. 17. Donde se señala que el 2019 fue el mejor año para estafas con criptomonedas, alcanzando un valor de 4.30 billones de dólares, triplicando los niveles de flujos alcanzados el año anterior. Dentro de esta categoría las estafas Ponzi se llevaban el 92% del volumen proveniente de fraudes, luego le seguirían las estafas por correo electrónico.

[555] Cfr.: Sibenik P, *Comprehensive Guide to Cryptocurrency Scams and Frauds*, May 13, 2020, en <https://cipherblade.com/blog/comprehensive-guide-to-cryptocurrency-scams-frauds/>, donde se hace una revisión de las clases de delitos que emplean tecnología blockchain e internet

[556] Antonopoulus A., *Mastering Bitcoin. Programming the open blockchain*, Second Edition, O`reilly, Sebastopol, 2017, P. 1

[557] Ferrie E., *Crypto- assets, Privacy Coins, and Money Laundering Regulations*, en *Blockchain, Fintech and the law*, Director Jose Manuel Martinez Sierra, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, P. 143. Quien reconoce que desde su "infancia" bitcoin fue asociado con operaciones provenientes de la Darknet con operadores de mercados tales como Silk Road, Alpha Bay, conocidos por generar actividades con bitcoin para el financiamiento de compras de drogas y otros productos criminales. Generando una amplia cobertura de prensa que generó la narrativa de esta asociación entre bitcoin y market places ilegales.

[558] U.S Department of Justice, *Report of the Attorney General's CYBER DIGITAL TASK FORCE*, Office of the Deputy Attorney General, October 2020,

<https://www.justice.gov/cryptoreport>. Where it's emphasized that despite its brief existence: "cryptocurrency technology plays a role in many of the most significant criminal and national security threats that the United States faces".

[559]

Intervenciones y decomisos de relevancia como Silk Road cuyo cabecilla fue condenado en 2015 a cadena perpetua por conducir un *market place* criminal acusado de lavar dinero, trafico de drogas, hacking a través de internet. En este caso la *U.S. Marshal service* incautó la suma de 379 millones de dólares en bitcoin los mismos que fueron luego subastados. Otro caso de importancia fue Liberty Reserve una intercambiadora que fue acusada lavar dinero con cripto monedas y su principal director condenado a veinte años de prisión. BTC-e otra intercambiadora de cripto activos cuyo principal ejecutivo fue acusado por diversos países como Estados Unidos, Rusia, Grecia y Francia, por ayudar al lavado de dinero procedente de usuarios involucrados en delitos de tráfico de drogas, ransomware. Esta *exchanger* también incumplía regulaciones de anti lavado de dinero y KYC, siendo multada con 110 millones de dólares.

[560]

<https://www.elliptic.co/>. Se trata de una startup encargada de proveer software y herramientas de compliance en cripto activos para investigaciones forenses para empresas financieras, casas de intercambio de criptomonedas, agencias regulatorias, etc., siendo una de las principales competidoras de Chainalysis, Bitfury y otras.

[561]

Yaya J. Fanusie and Tom Robinson, Foundation for Defense of Democracies' Center on Sanctions and Illicit Finance (CSIF), *Bitcoin Laundering: An Analysis of Illicit Flows Into Digital Currency Services*, 2018

[562]

Ibidem P. 7. Sin embargo, en el reporte se menciona que ese 0-61% puede ser una estimación baja ya que resultaba muy difícil identificar toda la actividad ilícita en bitcoin, pudiendo ser este porcentaje de origen oscuro mucho mas alto. Otros reportes que hacían eco de ese bajo porcentaje de cripto criminalidad son Cipherblade y Coinbase. Ver Sibenik P. "Why Cryptocurrency Adoption is Still Hindered by Criminal Activity" en <https://cipherblade.com/blog/why-cryptocurrency-adoption-is-still-hindered-by-criminal-activity/>. En Coinbase ver Neeraj Agrawal, A new study finds less than 1% of Bitcoin transactions to exchanges are illicit, January 17, 2018, en <https://www.coincenter.org/a-new-study-finds-less-than-1-of-bitcoin-transactions-to-exchanges-are-illicit/>

[563]

Ibidem. Según Morais Ribeiro, los servicios de mixers han evolucionado en cuanto a que actualmente son softwares descentralizados que pueden ser usados por cualquier usuario para encubrir mediante diversas capas de criptografía el trazado de las operaciones con criptomonedas. (Morais Ribeiro I., *O controle penal das criptomoedas*, Bosch Editor, Barcelona, 2022, P. 133)

[564]

Yaya J. Fanusie and Tom Robinson, Foundation for Defense of Democracies' Center on Sanctions and Illicit Finance (CSIF), *Bitcoin Laundering: An Analysis of Illicit Flows...*; Op. Cit. P. 8

[565]

Ibidem, P. 9

[566] *Ibidem*

[567] Yaya J. Fanusie and Tom Robinson, Foundation for Defense of Democracies' Center on Sanctions and Illicit Finance (CSIF), *Bitcoin Laundering: An Analysis of Illicit Flows...*; Op. Cit. P. 9. Según el reporte de Elliptic este se declive se debería al mayor uso que experimentaría el bitcoin como instrumento financiero de arbitraje o especulación junto con una mas rigurosa aplicación de medidas anti lavado de dinero.

[568] Roberts Jeff John, "The IRS has special software to find bitcoin tax cheats", *Fortune Magazine*, August 22, 2017. Ver <https://www.chainalysis.com/>. Se trata de una compañía de software compliance con base en Suiza y oficinas en Nueva York, se encarga de desarrollar productos ajustados a las necesidades de los gobiernos y empresas. Cuenta con varios productos o softwares de investigación forense para desvelar el trazado de operaciones y rastros que dejan las transacciones con criptomonedas. Uno de sus principales productos denominado Chainanalysis Reactor, se especializa en identificar los usuarios de las transacciones, siendo empleada como evidencia pericial en casos judiciales alrededor del mundo. Este software de investigación permite también visualizar y analizar los flujos de transacciones en busca de direcciones de bitcoin a los efectos de identificar casos de fraude impositivo.

[569] Chainanalysis, *The 2021 Crypto Crime Report. Everything you need to know about ransomware, darknet markets, and more*, Febrero 16, 2021, P. 4. Reconociendo que se reportó el 2019 un montante del 1.1% en volumen de criptomonedas de origen ilícito, sin embargo, se identificaron nuevas direcciones asociadas a actividades ilegales relacionadas con otros delitos como ransomware y estafas como la de PlusToken.

[570] Elliptic, *The state of cross-chain crime. Countering the new age of crypto crime and money laundering in a cross-chain world*, ELLIPTIC CROSS-CHAIN REPORT 2022, P. 4

[571] *Ibidem* P. 4. Tan Patrick, "In the world of money laundering, Criptomonedas are a footnote", *Medium*, February, 2019. Donde se comparan los casos de cantidades de recursos ilícitos blanqueados mediante la banca tradicional con respecto a los volúmenes de criptoactivos blanqueados o de fuente ilícita. Ahí se dice que mientras los mayores casos de blanqueo con medios financieros tradicionales pueden alcanzar los tres mil millones de dólares, ni siquiera la capitalización de mercado total de criptomonedas valuada en unos 120 mil millones en su mejor momento, alcanza relevancia en términos de uso criminal. Nótese por ejemplo que el banco HSBC de Londres fue sindicado de lavar para carteles mexicanos y colombianos la suma de 670 mil millones de dólares, lo que comparado con los 20 mil millones de criptoactivos ilegales del mejor año en 2019 no llega ni al 5% en relación con el flujo financiero tradicional. Otros casos citados son los del Danske Bank cuyos ejecutivos admitieron haber permitido un probable flujo ilícito de 200 mil millones de dólares en su sucursal en Estonia. Luego el Commerzbank de Alemania con acusaciones de procesar 250 mil millones de dólares en transacciones procedentes de entidades iraníes y sudanesas entre el 2002 y 2008. Ferrie E., "Crypto -assets, Privacy coins and money laundering

regulations”, .....Op. Cit. P. 137, señala que el Deutsche Bank habría procesado la suma de 150 mil millones de dólares, es decir dos tercios provenientes del mercado de cambios y pagos

[572]

Tan Patrick, “In the world of money laundering, Criptomonedas are a footnote”, *Medium*, February, 2019; ver también Europol, Criptomonedas - Tracing the evolution of criminal finances, Europol Spotlight Report series, Publications Office of the European Union, Luxembourg., 2021, P.3. En donde se sostiene que del total de transacciones con criptomonedas, solo una limitada parte pertenece a la economía criminal.

[573]

Chainalysis, *The 2021 Crypto Crime Report...* Op. Cit. P. 9. Donde se asegura que gracias a los esfuerzos de las organizaciones de compliance y de seguridad en el mundo, los cibercriminales no pueden enviar fondos ilícitos a casas de cambio de criptomonedas como un negocio usual. Existiendo pocos negocios con escasos controles y programas de compliance, quienes además se especializan en lavado de dinero procedente de delitos con cripto activos.

[574]

Morais Ribeiro I., *O controle penal das criptomoedas...* Op. Cit. 145

[575]

Chainalysis, *The 2020 state of crypto crime...* Op. Cit. P. 9

[576]

Morais Ribeiro I., *O controle penal das criptomoedas...* Op. Cit. P. 112

[577]

Ibidem P. 113. Sin embargo conviene precisar que no todas las criptomonedas son de protocolo público, pues existen algunas como Monero que no son públicas y en esa línea encubren con un mayor cifrado y aplicación de técnicas de anonimidad los datos de las transacciones realizadas.

[578]

Ferrie E., “Crypto -assets, Privacy coins and money laundering regulations”, Op. Cit. P. 137

[579]

Ibidem

[580]

Este tipo de blockchains es caracterizado como “anonimidad ampliada” (anonymity enhanced criptomonedas con su acrónimo anglosajón AECs) o simplemente monedas anónimas. Ver U.S. Department of Justice..., Op. Cit. P. 4

[581]

[https:// www.getmonero.org](https://www.getmonero.org)

[582]

Ibidem

[583]

A diferencia de Monero, las unidades bitcoin al ser minadas o generadas adquieren una línea de código que se mantiene inalterable durante toda su existencia, permitiendo que se diferencie de las demás y por lo tanto, facilitando su rastreo desde el origen hasta su actual ubicación.

[584]

Lo que no sucede con bitcoin por ejemplo, ya que cada transacción genera un script o código diferente que permite rastrearlo en la blockchain a través de su conexión con otras transacciones. Todo esto siendo observable a través de cualquier explorador de blockchain o a través de una API.

Antonopoulos A., *Mastering Bitcoin. Programming the open blockchain.....*Op. cit. P. 47

[585]

Como es sabido, cada aplicación de wallet genera una transacción con otra wallet mediante la generación de flujos de entrada de valor (inputs) y flujos de salida de valor (outputs). Esa transacción y sus flujos son registradas junto con las direcciones o addresses de los usuarios que participan en la transacción en un bloque que a su vez es confirmado y validado en la blockchain. La identificación de estos inputs y outputs mediante una API o explorador blockchain permite establecer todas las secuencias de transacciones previas y posteriores que siguen a una particular transacción, incluso identificando los saldos no gastados (unspent outputs) que son cuantificados por las wallets al momento de generar una nueva transacción.

[586]

La Agencia de Servicios Financieros tiene prohibidas los intercambios comerciales de un listado de cripto monedas privadas como las mencionadas. Ferrie E., *Crypto-assets, PRivacy Coins...*, Op. Cit. P. 166

[587]

Chainanalysis, *The 2020 state of crypto crime.....* Op. Cit. P. ....9

[588]

Ibidem P. 10

[589]

U.S. Department of Justice, *Report of the Attorney General's Cyber Digital Task Force...* Op. Cit. P. 1. Donde se resalta el comercio de drogas proveniente de la Darknet como principal preocupación de las agencias de seguridad estadounidenses.

[590]

U.S. Department of Justice,... Op. Cit. P. 19. donde se destaca que en la Darkweb se concentran gran parte de los mercados digitales donde funcionan bazares de productos ilícitos o negocios criminales con criptomonedas los cuales se valen del lavado de dinero para el encubrimiento de las ganancias ilícitas obtenidas.

[591]

Chainalysis, *The 2021 Crypto Crime Report ...* Op. Cit. P.7

[592]

De hecho, los NFT's también son fungibles pues pueden intercambiarse comercialmente como una mercancía cualquiera, prueba de ello los altos valores de mercado en el que están cotizándose NFT's tales como el cuadro "Everydays: The First 5000 Days de Mike Winkelmann - aka Beeple - vendido por \$69.3 millones de dólares, incluso hasta la venta de twits como el primer twitter del fundador de esa red social Jack Dorsey vendido por la suma de 2.9 millones de dólares. Al parecer la calificación de "no fungible" si bien no es técnicamente apropiada, ha obtenido carta de naturalidad al permitir una clara distinción con las cripto monedas, las cuales apuntan a una función de medio de intercambio como divisa, cosa que las NFT's no persiguen. <https://medium.com/oasis-protocol-project/the-future-of-nfts-a-guide-for-nft-beginners-8bf72e074da0>.

[593]

Ast F., Tokens no Fungibles (NFTS): Dilemas legales sobre activos digitales, Medium, mayo 2021.

[594]

Faleskini P., The NFT guide for beginners, *Medium*, Diciembre 13, 2021. <https://medium.com/@peterfaleskini/the-nft-guide-for-beginners-f30344509b4a>

[595] The Daily- The New York Times, “Cryptocurrency’s Newest Frontier”, Podcast, Hosted by Sabrina Tavernise; produced by Stella Tan, Rachelle Bonja and Neena Pathak; edited by Paige Cowett and Rachel Quester; and engineered by Chris Wood, Tuesday, April 13th, 2021. Disponible en: <https://www.nytimes.com/2021/04/13/podcasts/the-daily/nft-bitcoin-cryptocurrency.html?>

[596] Elliptic, *EFT’s and Financial Crime, Money Laundering, market manipulation, scams & sanctions risks in Non-fungible Tokens*, 2022, P. 4. Disponible en <https://www.elliptic.co/resources/nfts-financial-crime>

[597] Elliptic, The state of cross-chain crime... Op. Cit. P. 8

[598] Sibenik P., “Are Non-Fungible Tokens (NFTs) Used For Money Laundering?”, en *Cipherblade*, Nov 30, 2021. Disponible en <https://cipherblade.com/blog/are-non-fungible-tokens-nfts-used-for-money-laundering/>

[599] Ibidem P. 8

[600] Elliptic, The state of cross-chain crime... Op. Cit. P. 8

[601] Ibidem P. 14

[602] <https://www.coindesk.com/tech/2021/12/07/most-influential-40-poly-network-hacker/>. Estableciendo la diferencia existente entre un hacker y un *exploiter* típico de estos casos de sustracción y desvío de fondos de entidades de DeFI’s. Mientras el hacker es un pirata informático que irrumpe o allana un sistema informático sin autorización, el *exploiter* se cuela en un sistema alterando el protocolo o lenguaje codificado del mismo logrando activar un proceso en su beneficio.

[603] Se trata de una plataforma de corretaje de servicios financieros crypto que ofrece servicios de intercambio de cripto monedas, así como de trading, inversiones, compra venta, etc. Con la apertura de una cuenta al darse de alta en el sistema, puede fácilmente invertirse en la compra de diversos tipos de cripto monedas e invertir en otras, recogiendo intereses y utilidades que ofrece el servicio. <https://ascendex.com/en/global-digital-asset-platform>

[604] CertiK, “Qubit Bridge Collapse Exploited to the Tune of \$80 MillionEs” en Medium, [shorturl.at/CHNP4](https://medium.com/@CHNP4) Es una plataforma descentralizada de servicios cripto financieros, en la que se ofrece compra y venta de cripto activos, tomando ventaja de la automatización, seguridad y rapidez de la tecnología blockchain. Adicionalmente esta plataforma provee servicios de puente entre blockchains de manera que facilita los intercambios o swaps entre diferentes cripto activos de diferentes blockchains. Por ejemplo, un usuario puede convertir ethers y recibir otro tipo de cripto moneda para comerciarla en otros mercados como Binance Smart Chain.

[605] Es una entidad de DeFI que forma un mercado de dinero mediante la aplicación de un algoritmo y su respectivo protocolo de *stable coin*, brindando servicios de préstamo y deposito de divisas para usuarios en la blockchain de



Binance Smart Chain. Libro blanco de Fortress credit and lending  
<https://fortress.loans/Whitepaper.pdf>

[606] [https://twitter.com/\\_AscendEX/status/1470029513551761412](https://twitter.com/_AscendEX/status/1470029513551761412).

[607] <https://twitter.com/peckshield/status/1469915194004766722>. Ver también Yahoo Finance, Crypto Exchange AscendEX Hacked, Losses Estimated at \$77M, 13 de diciembre de 2021, also available in [shorturl.at/crsW9](http://shorturl.at/crsW9).

[608] Elliptic, The state of cross-chain crime... Op. Cit. P. 14

[609] CoinDesk, “DeFi Protocol Qubit Finance Exploited for \$80M. The attack is the seventh-largest DeFi exploit by the amount of funds stolen, data shows”, Jan 28, 2022. <https://www.coindesk.com/markets/2022/01/28/defi-protocol-qubit-finance-exploited-for-80m/>; Binance Smart Chain-based Qubit Finance was exploited for over \$80 million by attackers on Friday morning, developers confirmed in a post. Bloomberg, Hackers Seize \$80 Million From Qubit in Latest DeFi Attack, [https://www.bloomberg.com/news/articles/2022-01-28/hackers-seize-80-million-from-qubit-in-latest-defi-attack?](https://www.bloomberg.com/news/articles/2022-01-28/hackers-seize-80-million-from-qubit-in-latest-defi-attack?leadSource=uverify%20wall) leadSource=uverify%20wall. CertiK Security, Twitter post. Leaderboard, *Incident Analysis*, “The hacker called `deposit()` in the QBridge #eth contract w/o really making any deposit and emitted the Deposit evento. The exploit was caused by `tokenAddress.safeTransferFrom` in QBridgeHandler.sol which didn't revert the tx when the tokenAddress is the 0x0.”, available in: [shorturl.at/qFJK7](http://shorturl.at/qFJK7)

[610] Elliptic, The state of cross-chain crime... Op. Cit. P. 14

[611] Elliptic, The state of cross-chain crime... Op. Cit. P. 18

[612] Ibidem p. 20

[613] Elliptic, The state of cross-chain crime... Op. Cit. P. 21

[614] DAPP Network, Cross-Chain Bridge Guide For Experts, “A Technical Deep-Dive Into DAPP Network’s Interoperability Breakthrough” en Medium, [shorturl.at/aEKS1](http://shorturl.at/aEKS1).

[615] Elliptic, The state of cross-chain crime... Op. Cit. P. 21. Según esta firma de seguridad y rastreo de cripto transacciones criminales otros casos con intercambio de cripto de divisas menos inmediatos también se dieron tales como: EasyFi Exploit en abril de 2021 se puentearon 1.85 millones en tethers los cuales fueron intercambiados luego de diez horas; Spartan Protocol en mayo de 2021 donde se sustrajeron 0.42 millones en tethers los cuales fueron convertidos en otra servidora de swaps FixedFloat.

[616] DAPP Network, *Envisioning Cross-Chain Bridges at Scale*, Medium, Oct 8, 2020, <https://medium.com/the-liquidapps-blog/envisioning-cross-chain-bridges-at-scale-f2df5867a9b2>

[617] Elliptic, The state of cross-chain crime... Op. Cit. P. 21

[618] Sibenik P., "List of Breach Vectors Hackers Exploit to Steal Cryptocurrency", Junio 2020, ver en <https://cipherblade.com/blog/list-of-breach-vectors-hackers-exploit-to-steal-cryptocurrency/>. Donde se sostiene que es crucial asegurar debidamente los *smart contracts* que administran las billeteras en estos servicios, lo que lamentablemente no suele suceder

[619] Elliptic, The state of cross-chain crime... Op. Cit. P. 21

[620] Certik, "Qubit Bridge Collapse Exploited to the Tune of \$80 Million" en Medium, enero 2022, <https://certik.medium.com/qubit-bridge-collapse-exploited-to-the-tune-of-80-million-a7ab9068e1a0>

[621] Ibidem

[622] GAGLIARDONI, T., "The Poly Network hack explained", agosto 2021, <https://research.kudelskisecurity.com/2021/08/12/the-poly-network-hack-explained/>. Otro sitio donde se puede acceder a la descripción de otros ataques famosos en la red: <https://github.com/SunWeb3Sec/DeFiHackLabs#20210811-poly-network---bridge-getting-around-modifier-through-cross-chain-message>

[623] Ibidem. Ver también SlowMist, The Root Cause Of Poly Network Being Hacked, Medium, agosto 10, 2021, <https://slowmist.medium.com/the-root-cause-of-poly-network-being-hacked-ec2ee1b0c68f>. Básicamente, el smart EthCrossChainManager era el propietario del smart EthCrossChainData. Aquel podría modificar al tenedor autorizado para instruir transferencia de fondos de las billeteras, por medio de la activación de una función clave en esta última smart. Esta era la función *putCurEpochConPubKeyBytes*, con la que se configuraba una nueva clave de usuario y llave para acceder y transferir los fondos. De esta manera el atacante ingresaba al sistema y se colocaba como un usuario legítimo engañando al sistema, para luego desde la misma EthCrossChainManager, activaba otra función - *executeCrossChainTx function* - para disponer de los fondos en las billeteras como propios.

[624] <https://www.reuters.com/technology/how-hackers-stole-613-million-crypto-tokens-poly-network-2021-08-12/>

[625] Twitter post 10 de agosto de 2021. <https://twitter>

[626] [https://twitter.com/Tether\\_to/status/1430510652582416387?s=20&t=Ash6q7a6glMQxyqYX7M8SA](https://twitter.com/Tether_to/status/1430510652582416387?s=20&t=Ash6q7a6glMQxyqYX7M8SA)

[627] Un interesante resumen de la secuencia de acontecimientos dados entre el *exploiter* y Poly Network las horas posteriores al ataque y la posterior devolución puede encontrarse en <https://rekt.news/polynetwork-rekt/>

[628] Resulta muy oportuno recordar que los ganadores del premio Nobel de economía para el 2022 recibieron el premio precisamente por desarrollar los modelos teóricos que explican de qué forma los pánicos bancarios especulativos contribuyen a la generación de recesiones económicas y luego crisis financieras que desestabilizaron la banca y luego la economía como la de los años 30's del siglo XX. Para una aproximación del alcance de estos trabajos ver

<https://www.nobelprize.org/uploads/2022/10/popular-economicsciencesprize2022.pdf>

[629]

Berdugo Gómez de la Torre I., "Historia de la ciencia del derecho penal" en *Manual de Derecho Penal...* p. 65. Quien manifiesta que "al mismo efecto colaboran propuestas de origen muy distinto como puede ser el llamado derecho penal del riesgo, orientado a modelos preventivistas que reducen las áreas de riesgo permitido y pivotan sobre la criminalización no del resultado lesivo sino del peligro (estadístico, actuarial, presunto en definitiva) de su producción con la inevitable expansión punitivista."

[630]

Ferrie E., "Crypto- assets, Privacy Coins, and Money laundering Regulations... Op. Ci. P. 158. Resaltando el riesgo que cripto activos de potenciamiento anónimo e intercambiadores no regulados suponen para las entidades de represión penal.

[631]

Reuters, "U.S. SEC Chair Gensler calls on Congress to help rein in crypto 'Wild West', <https://www.reuters.com/technology/us-sec-chair-gensler-calls-congress-help-rein-crypto-wild-west-2021-08-03/>

\*

— Abogado por la Universidad de Buenos Aires, empleado judicial en el Fuero Nacional en lo Penal Económico, Maestrando por la Universidad Torcuato Di Tella, [laicofacundo@gmail.com](mailto:laicofacundo@gmail.com)

\*\*

— Abogada por la Universidad de Buenos Aires, empleada judicial en el Fuero Nacional en lo Penal Económico, [fioriagustina@hotmail.com](mailto:fioriagustina@hotmail.com)

[632]

Ejemplo de estos esfuerzos son la creación del Grupo de Acción Financiera, el Grupo EGMONT, documentos como la Convención de Viena de 1988, y la Convención de Palermo del 2000, las acciones de la Oficina de las Naciones Unidas Contra la Droga y el Delito (en el marco de la cual se efectúan capacitaciones e intercambios de información), el proyecto "SIRIUS" (Europol), el proyecto "TITANIUM", el creciente intercambio informal de información entre países, entre otros.

[633]

Los "Mixers" son una herramienta que permite "mezclar" los criptoactivos de un cliente que desea anonimizarse y prefiere oscurecer la trazabilidad de sus fondos, con otros "limpios". En ese sentido ver: SANTOS, Manuel, *El rol del 'Mixer' en operaciones de lavado de activos llevado a cabo con criptoactivos*, en Rubinzal- Culzoni, Cita: RC D 666/2021.

[634]

La ley 25.246 (B.O. 5/05/2000) había modificado el art. 278 del Código Penal, incorporando al lavado de activos de origen delictivo como una especie del tipo de encubrimiento.

[635]

art. 303 C.P. (incorporado por art. 5 ley 26.683 B.O. 21/06/2011)

[636]

ANTI MONEY LAUDERING CENTRE, *The bitcoin trader*, August 2017, De Bilt, Países bajos, consultado en: [<https://www.amlc.eu/wp-content/uploads/2019/04/The-Bitcoin-Trader-AMLC-September-2017.pdf>]

[637]

CARABALLO Patricio Germán, "Lavado de Activos y Compliance: Orígenes, situación actual, y su problemática en entornos digitales", en *Revista*

de Derecho Penal y Procesal Penal de la C.A.B.A., N° 15, C.A.B.A., Editores Fondo Editorial, 2020.

[638] Artículo 303, inciso 1 del Código Penal.

[639] CÓRDOBA, Fernando J, *Delito de lavado de dinero*, 1ra. edición, Buenos Aires, Hammurabi, 2017, pág. 82.

[640] Antecedentes parlamentarios ley 25.246, LL2000-B-1677 y siguiente.

[641] Tribunal Oral Federal de Bahía Blanca, *R. C., M. y otros s/infracción Ley 23.737 art. 5 inc., c)*, 4/11/2021.

[642] CÓRDOBA, Fernando J, *Delito de lavado de dinero*, 1ra. edición, Buenos Aires, Hammurabi, 2017, pág. 85.

[643] Idem pág. 86

[644] TROVATO, Gustavo E., “La conducta prohibida en el delito de blanqueo de capitales y la imputación penal de las personas jurídicas por lavado”, en *Derecho penal y procesal penal*, fasc. 10, Buenos Aires, Abellido Perrot, 2014, pág. 2.112/2.122

[645] CESANO, José Daniel, *Error de tipo, criminalidad económica y delito de lavado de activos de origen delictivo: su tratamiento en la dogmática penal argentina*, Anuario de derecho penal y ciencias penales, ISSN 0210-3001, Tomo 60, Fasc/Mes 1, 2007, págs. 457-478.

[646] REGGIANI, Carlos, *Lavado de activos*, en Revista de Pensamiento Penal. Consultado el 30/09/2022, en [https://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a\_20180108\_03.pdf].

[647] Estas consideraciones aplican al mismo tiempo al inciso 3 del art. 303 que recepta la figura de la receptación intermedia, ya que la ultrafinalidad de darle la apariencia posible de un origen lícito que exige el tipo penal, no varía entre ambos incisos.

[648] Consultado el 30/09/2022 en [https://www.cfatf-gafic.org/index.php/es/documentos/gafi40-recomendaciones/421-fatf-recomendacion-15-nuevas-tecnologias]

[649] Consultado el 30/09/2022 en [https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/resoluci%C3%B3n-300-2014-231930/texto].

[650] Consultado el 30/09/2022 en [https://www.bcra.gob.ar/Noticias/alerta-sobre-riesgos-implicancias-criptoactivos.asp]

[651] Consultado el 30/09/2022 en [https://blog.chainalysis.com/reports/2022-crypto-crime-report-introduction/]

[652] SKALANY, Esteban Gabriel, “Criptomonedas y derecho penal en argentina”, *Revista de Derecho Penal*, Rubinzal Culzoni editores, 2019-2, Bs As, enero 2020.

[653] *Idem.*

[654] BLANCO, Hernán, *Tecnología informática e investigación criminal*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, La Ley, 2020, pág. 468.

[655] *Ibidem*, pág. 470

[656] Incluso en casos en donde los usuarios intentan esconderse mediante la utilización del “THOR”, es posible a través de la utilización de métodos de investigación más agresivos, sortear las dificultades para hallar la identidad de los usuarios que han intentado ocultarse. *Idem*, pág. 169/170

[657] VERDE, Alejandra, “Receptación, no encubrimiento. Un delito contra el mercado formal”, en *En Letra: Derecho Penal, número 10, año 2020*, pág. 58 nota 11.

[658] Junto con el inciso 1, apartado “b” del art. 277 del Código Penal.

[659] BASILICO (dir.), *Código Penal de la Nación Argentina. Comentado, Anotado. Concordado*, Buenos Aires, Hammurabi, 2019, pág. 674.

[660] Sin embargo, existe un sector en la doctrina que considera que el tipo penal protege, al mismo tiempo, que se garantice una restitución o indemnización de la víctima y, por lo tanto, se inclinan por teorías mixtas del bien jurídico protegido, adicionando la pretensión individual de restitución que posee el damnificado. De todos modos, debe tenerse en cuenta que el afectado por un delito puede disponer de su derecho de restitución y, sin perjuicio de ello, el favorecimiento real se configura independientemente de que se hubiera solicitado dicha reparación, por lo que cabe concluir que el bien jurídico que prima es la administración de justicia. VERDE “Formas de encubrimiento: personal y real. Bases para una delimitación adecuada entre encubrimiento, lavado de activos y receptación”. pag. 280/286. Aquí la autora explica claramente la discusión que se presenta, sobre todo en el ámbito alemán, puntualmente porque en dicho país, a diferencia del derecho argentino que considera al decomiso como una pena: “...consideran que el decomiso es una medida de seguridad, y que su obstaculización se encuentra regulada en el tipo penal de favorecimiento personal. Afirman, por tanto, que el delito de favorecimiento real, así concebido, sería redundante...”.

[661] Resulta contundente la doctrina al señalar al respecto que “...no hace falta que el hecho anterior del cual provienen los bienes haya sido un hecho culpable y punible, sino que basta que haya sido típico y antijurídico...”. CÓRDOBA, Fernando J, *Delito de lavado de dinero*, 1ra. edición, Buenos Aires, Hammurabi, 2017, pág. 135/136.

[662] ROMERO VILLANUEVA, Horacio J., *Código Penal anotado: legislación complementaria*, 3ra. edición, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2008, pág. 1.101.

\*  
— Abogada, Universidad de Buenos Aires. Máster en Derecho Penal, Universidad Austral. Posgrado en Crimen organizado, corrupción y terrorismo, Universidad de Salamanca (España). Doctoranda en Derecho, Universidad de Santiago de Compostela (España). Profesora Adjunta de la Pontificia

Universidad Católica Argentina. Profesora Adjunta de la Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales. Secretaria de Cámara de la Cámara Federal de Casación Penal Argentina.

[663]

*Hänsel y Gretel*. Cuento de los hermanos Grimm.

[664]

A los fines del presente trabajo se empleará de manera indistinta la denominación “lavado de dinero”, “lavado de activos”, “blanqueo de capitales”.

[665]

KRAATZ, “Die Geldwäsche (§ 261 StGB)”, *Jura*, (7), 2015, p. 700; CAEIRO, “Contra uma política criminal ‘à flor da pele’: a autonomia do branqueamento punível em face do branqueamento proibido”, en F ARIA COSTA, et. al. (eds.), *Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor Manuel da Costa Andrade*, vol. I, 2018, p. 287.

[666]

VERDE, Alejandra, “¿Es el autolavado de dinero un delito posterior copenado?”, en *En Letra: Derecho Penal*, Año I, N° 2, 2016, pág. 61: “Al delito posterior copenado se lo suele definir como una conducta independiente, antijurídica y culpable, que realiza el tipo de una norma penal, por medio de la cual el autor del delito anterior asegura, aprovecha o utiliza el resultado de ese delito previo o la posición conseguida por medio de él. Para hacerlo más explícito, la idea de delito posterior copenado presupone que una misma persona lleve a cabo dos comportamientos en dos momentos diferentes, aunque relacionados entre sí, y que cada uno de ellos realice un tipo penal, pero que al autor sólo se le imponga el castigo previsto para el que realizó primero, porque se considera que éste, por las razones que se expondrán a continuación, contiene al castigo del segundo...”. También, TEIXEIRA, Adriano y HORTA, Frederico, “Contenido de injusto y punibilidad del autoblanqueo de capitales”, en *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, 1.2021, ISSN 1698-739X, consultado en [<https://indret.com/contenido-de-injusto-y-punibilidad-del-autoblanqueo-de-capitales/>], p. 9: “...los requisitos de esta categoría son, según la doctrina y jurisprudencia dominantes, que los comportamientos afecten a un mismo bien jurídico y que con la conducta posterior no se realice un nuevo contenido de injusto. Este último requisito puede ser desglosado en dos (como lo hace ROXIN): no causar un nuevo daño (sino, como máximo, agravar el anterior) y no perjudicar a una persona distinta a aquella que fue damnificada por el delito previo. Contra la tesis de que el autoblanqueo puede ser un delito posterior copenado es frecuente el argumento según el cual el primer requisito mencionado, al menos desde un punto de vista formal, no estaría cumplido. El problema es que el comportamiento principal puede afectar distintos bienes jurídicos (la propiedad, el patrimonio, incluso la vida, etc.), mientras que la conducta de blanqueo afectará, como regla, a otro bien jurídico...”. Asimismo, PEÑARANDA RAMOS, Enrique, *Concurso de leyes, el error y la participación en el delito. Un estudio crítico sobre el principio de la unidad del título de imputación*, Civitas, Madrid, 1991, p. 154.

[667]

Tribunal Supremo Federal alemán (*Bundesgerichtshof*), 5.<sup>a</sup> StR, 234/18, 27-11 (NJW 2019, 533).

[668]

Debe recordarse que el Código Penal alemán fue modificado en lo que a la materia de lavado de activos respecta el pasado 2021, si bien en lo que aquí interesa, permanece vigente.

[669]

*“No será castigado por los incisos 1 a 5 quien sea punible por su intervención en el hecho previo. La impunidad según la frase 2 se excluye cuando el autor o partícipe pongan en circulación una cosa proveniente de un hecho antijurídico según el inciso 1, frase 2 y oculten así el origen ilícito de la misma”.*

[670]

Debe tenerse presente que, a diferencia de la tipificación argentina sobre el delito de lavado de activos, en el que se pune la asignación de apariencia lícita de lo producido por el ilícito precedente, el derecho penal alemán prevé la tipificación de la conducta a partir de la mera puesta en circulación de esos bienes de origen ilegal generados.

[671]

Un interesante abordaje sobre el fallo y más aún rico análisis sobre la punibilidad autónoma del autoblanqueo de capitales y la posibilidad dogmática de éste de ser considerado un acto posterior copenado con el delito precedente puede verse en TEIXEIRA, Adriano y HORTA, Frederico, Ob. Cit.

[672]

BLANCO, Hernán, “Aspectos problemáticos de la persecución del lavado de activos, a diez años de la reforma del tipo penal mediante la ley 26683”, en *Temas de Derecho Penal y Procesal Penal*, Febrero 2012, p. 4, IUSDC3288777A.

[673]

Sin perjuicio de ello no puede soslayarse que incluso la doctrina nacional no ha logrado reunirse en una noción unívoca del bien jurídico orden económico. En ese orden, a partir de las distintas aristas en que se aborda la observación del fenómeno criminal que nos ocupa, puede concluirse en que confluyen nociones contrapuestas. Algunas de ellas harán hincapié en la circulación de bienes y servicios, otras, en la participación del Estado en el mercado económico y financiero.

[674]

En extenso, PONCE, Juan Cruz, *El delito de lavado de activos. Dogmática. Bien jurídico protegido. Magnitud y efectos sobre el orden económico y financiero*. Ed. Ad Hoc, 1° edición, 2014, Bs. As., págs. 129 a 161. Si se desea profundizar sobre una visión particular del ilícito desde la dimensión económica, ALLDRIDGE, Peter, *¿What Went Wrong With Money Laundering Law?* Londres, 2016, pág. 34 ss.

[675]

Cámara Nacional de Casación Penal (actual Cámara Federal de Casación Penal), Sala I, “Orentrajch, Pedro y otro s/recurso de casación”, del 21 de marzo de 2006, consultado en [file:///Users/ale/Downloads/Orentrajch,%20Pedro%20y%20otro%20s\_%20recurso%20de%20casaci%C3%B3n..pdf]

[676]

In extenso, BELLO, Lucas, *Investigación de empresas criminales. Aplicación práctica de técnicas especiales contra el crimen organizado*. Ed. Hammurabi, 1° edición, Bs. As., 2022, págs. 93 y ss.

[677]

BLANCO, Hernán, “Técnicas de investigación de lavado de activos, persecución del lavado de activos desde el Poder Judicial y el Ministerio Público Fiscal”, en *La Ley*, Bs. As., 2013, p. 23 y 24; citado en BELLO, Lucas, Ob. cit., p. 94.

[678] Consultado en [<https://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/Spanish-Money-Laundering-from-Environmental-Crime.pdf>]

\*  
– Profesor Titular de Derecho Penal, Facultad de Ciencias Jurídicas, Universidad de Las Palmas de Gran Canaria, España, [fernando.navarro@ulpgc.es](mailto:fernando.navarro@ulpgc.es)

[679] Hablamos de seguridad tecnológica como recurso a tecnologías, *lato sensu*, que aportan garantías, y no exactamente de seguridad informática o ciberseguridad.

[680] Y donde la curva de aprendizaje de este nuevo mundo tecnológico de los registros distribuidos, de los criptoactivos y de los contratos inteligentes, es muy empinada, como dice acertadamente Navarro De Andrés, S., “Contratos inteligentes. En especial, su implantación práctica en negocios blockchain”, en García Mexía, P. (dir.), *Criptoderecho. La regulación de Blockchain*. Madrid: Wolters Kluwer, 2018, p. 319.

[681] Por lo tanto, muchas de las consideraciones que se encuentran en la literatura dedicada a estas “tecnologías” no tienen indefectiblemente que incidir en el rendimiento material de estas reflexiones. A ello se suma que muchas de las aportaciones existentes en la citada literatura están centradas en la cadena de bloques propia del bitc6in, la *Blockchain* en may6sculas, como nombre propio.

[682] Reflexi6n inspirada a partir de unas palabras contenidas en la excelsa monograf6a de Palomino Mart6n, J.M., *Derecho penal y nuevas tecnolog6as. Hacia un sistema inform6tico para la aplicaci6n del Derecho penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006, p. 28 y 29: “Las circunstancias y necesidades sociales han sufrido una profunda transformaci6n como consecuencia de la revoluci6n tecnol6gica, y la Ciencia jur6dico-penal no puede permanecer impasible ante esta evidencia, salvo que se resista, tenazmente, a tomar el rat6n del ordenador y se obstine en plasmar sus elaboraciones dogm6ticas con pluma de ave”.

[683] Una muy sucinta precisi6n: la transparencia, la rendici6n de cuentas, etc., son objetivos en la gesti6n p6blica. Por lo tanto, medibles, cuantificables, escalables, etc. Pero no son fines de la gesti6n p6blica. El fin es 6nico: facilitar el ejercicio de los derechos fundamentales. Y es que no puede ser otro el fin de las administraciones p6blicas en el seno de un Estado social y democr6tico de Derecho cimentado sobre el respeto a los derechos humanos. Vid. este razonamiento m6s desarrollado, en relaci6n con la determinaci6n del bien jur6dico protegido en el delito de corrupci6n (cohecho), en Navarro Cardoso, F., *El cohecho en consideraci6n al cargo o funci6n*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018, p. 19 ss.

[684] Vid., en clave divulgativa, Preukschat, A. (a), “Cinco mitos de “blockchain” que debes conocer para entender su presente”, *El Pa6s Retina* (Diario El Pa6s), 1 de julio [En l6nea: <https://retina.elpais.com>] y Preukschat, A. (b), “Gu6a simple para entender la diferencia entre creyentes de “blockchain” y DLT”, *El Pa6s Retina* (Diario El Pa6s), 11 de octubre [En l6nea: <https://retina.elpais.com>]. Con mayor profundidad, Gonz6lez-Meneses, M.,



*Entender Bockchain. Una introducción a la Tecnología de Registro Distribuido.* Cizur Menor: Aranzadi, 2017, 19 ss.

[685]

Vid. una descripción somera del funcionamiento de la cadena de bloques, y del bitc in, en Navarro Cardoso, F., "Criptomonedas (en especial, bitc in) y blanqueo de dinero", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n  21, 2019, 3 ss.; Legerén-Molina, A., "Retos jurídicos que plantea la tecnología de la cadena de bloques. Aspectos legales de *blockchain*", *Revista de Derecho Civil*, vol. 6, n  1, pp. 2019, 184 ss. *In extenso*, explicado de modo espléndido por un jurista, González-Meneses (2017, 39 ss.). Vid., con igual tono pedagógico, Morales Barroso, J., " Qu  es blockchain?", en García Mexía, P. (dir.), *Criptoderecho. La regulación de Blockchain*. Madrid: Wolters Kluwer, 2018, p. 39 ss.

[686]

Preukschat (2018a) hace una distincion entre registros distribuidos y cadenas de bloque que, como él mismo reconoce, es discutida, en tanto la opinion que parece mayoritaria entiende que las primeras son, en efecto, generalistas. Cfr. García (2018a, 23, n.1): "la cadena de bloques no es más que un tipo de registro distribuido, no todos los registros distribuidos utilizan necesariamente bloques o transacciones en cadena".

[687]

Vid. sobre los algoritmos de encriptación González-Meneses (2017, 64 ss.); N n ez Miller, J., "Criptografía y consenso aplicado a la blockchain", en Preukschat, A. (coord.): *Blockchain: la revolución industrial de internet*. 8  edic. Barcelona: Gestión 2000, 2019, 203 ss.

[688]

Vid. sobre el llamado "problema de los generales bizantinos" (también de interés) y, en concreto, la vulnerabilidad a un "ataque del 51%" González-Meneses (2017, 42 ss., 87 ss.). Ciertamente suele hacerse referencia al ataque del 51% en las cadenas de bloque públicas [vid. Márquez Solís, S., "Seguridad y blockchain", en Preukschat, A. (coord.): *Blockchain: la revolución industrial de internet*. 8  edic. Barcelona: Gestión 2000, 2019, 232]. No obstante, puede suceder en una cadena de bloques privada, incluso en el marco de nuestra hipótesis. Baste pensar en la compra de la voluntad de los mandos intermedios que han intervenido en un determinado proceso por parte del "poder societario" para que falseen la cadena de bloques a fin de borrar evidencias respecto a determinadas decisiones que pueden repercutir negativamente en la empresa.

[689]

*Rectius*, el *token* (ficha en castellano) es una representación del valor de un objeto del mundo real que tiene un reflejo informático como estructura de datos persistente que, en algunos casos, podría considerarse como parte parcial o total de un archivo; archivo que puede ser alterado para reflejar cambios del valor, pero únicamente de forma controlada y por consenso de todas las partes intervinientes en su alteración.

[690]

Vid. sobre los algoritmos de "hashing" González- Meneses (2017, 74 ss.).

[691]

Vid. sobre estos inconvenientes Legerén-Molina (2019, 201-202).

[692]

Vid., sobre el impacto de la cadena de bloques en diferentes industrias (banca, seguros, telecomunicaciones, industria energética, sector sanitario,

pymes, juego, etc.), con las derivaciones que ello conlleva en términos de cumplimiento, AA.VV. (2018) en García Mexía, P. (dir.), *Criptoderecho. La regulación de Blockchain*. Madrid: Wolters Kluwer; AA.VV. (2019) en Preukschat, A. (coord.): *Blockchain: la revolución industrial de internet*. 8ª edic. Barcelona: Gestión 2000.

[693]

Vid. sobre identidad digital Pérez Bes, F., “Blockchain y ciudadanos”, en García Mexía, P. (dir.), *Criptoderecho. La regulación de Blockchain*. Madrid: Wolters Kluwer, 2018, p. 143 ss.; en especial, 164 ss., acerca de “certificados digitales y blockchain”).

[694]

Por igual, Díaz Díaz, E., “Una aplicación jurídica del “Blockchain”: los “Smart Contracts””, *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, nº 50, 2019, p. 5), *v.gr.*, un contrato inteligente impide esconder si durante el transporte de alimentos se ha roto la “cadena de frío”, o la manipulación de los historiales médicos.

[695]

Legerén-Molina (2019, p. 192) lo plantea justo al revés, desde los inconvenientes de las cadenas de bloque públicas.

[696]

Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de esos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/UE (Reglamento general de protección de datos) (DOUE L 199, de 4 de mayo).

[697]

De obligada cita aquí la Directiva (UE) 2019/1937 del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de octubre de 2019 relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión (DOUE L 305, de 26 de noviembre). Vid., entre una literatura bien extensa, Perete Ramírez, C., “Blockchain, privacidad y protección de datos”, en García Mexía, P. (dir.), *Criptoderecho. La regulación de Blockchain*. Madrid: Wolters Kluwer, 2018, p. 169 ss., y la bibliografía ahí citada. También es inabarcable la bibliografía sobre el canal de denuncias [León Alapont, J., *Compliance penal. Especial referencia a los partidos políticos*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2020, p. 199 ss.); González Cussac, J.L., *Responsabilidad penal de las personas jurídicas y programas de cumplimiento*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2020, p. 230 ss.); Ramírez y Ferré (2021, 183 ss.)].

[698]

Sentencia de 17 de junio de 2021, M.I.C.M., C-597/19, EU:C:2021:492. Vid., sobre los modos de citar jurisprudencia, Barquín Sanz, J., “ECLI, Tribunal Supremo e identificación de resoluciones judiciales», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 23, 2021, p. 1 ss.

[699]

Hipotetizo esta solución a partir del problema y solución que plantea Navarro de Andrés (2018, p. 343).

[700]

Vid. un buen resumen sobre los aspectos teóricos de la teoría de los contratos con relevancia en materia de contratos inteligentes en Navarro de Andrés (2018, 325 ss.). Cfr., otra distinción, Legerén-Molina, A., “Los contratos inteligentes en España. La disciplina de los *smart contracts*”, *Revista de*

*Derecho Civil*, vol. V, nº 2, pp. 193-241, 2018, p. 193 ss., según el *smart contract* esté o no en la cadena de bloques.

[701]

Cfr. Argelich Comelles, C., “*Smart contracts* o *Code is Law*: soluciones legales para la robotización contractual”, *InDret*, nº 2, 2020, p. 10 ss.; García Mexía (2018, 97), el cual prefiere denominarlos “criptocontratos”.

[702]

Vid., sobre los errores de programación, Argelich (2020, fundamentalmente 23 ss.). Técnicamente es posible verificar el funcionamiento correcto de un contrato inteligente si es muy sencillo, haciendo que un programa especial analice el código del *smart contract*. Un oráculo podría estar encargado de llevar a cabo esa función.

[703]

Se adhiere expresamente a esta tesis, entre otros, Navarro Lérica, M.S., “Gobierno corporativo, blockchain y smart contracts. Digitalización de las empresas y nuevos modelos descentralizados (DAOs)”, *Revista de Derecho del Mercado de Valores*, nº 23, 2018, p. 3.

[704]

Esta cuestión es, ciertamente, mucho más compleja. Si por alguna razón alguien quiere incumplir voluntariamente, tal vez la solución podría venir vía insertar una sentencia especial *if/then/else* en el contrato inteligente, a partir de la simple sentencia: *if* P =renunciar voluntariamente a algo, *then* Q =registrarlo en el *smart contract*. De hecho, esta sentencia condicional es la propuesta en materia de contratación. La aportación en nuestro caso sería, por ejemplo, que si el jefe de contabilidad no firma el cierre contable en la fecha obligada, se ejecutaría una advertencia en la cadena de bloques, prueba de indicio de un posible ulterior delito de defraudación fiscal en el impuesto de sociedades.

[705]

Vid., sobre los oráculos en el marco de los contratos inteligentes, Tur (2018, 111 ss.).

[706]

Si el tercero/oráculo es un programa informático que consulta información de forma ciega (cifrada), este problema se podría evitar. Pero si es una persona, el problema puede persistir. En caso de que fuese en concreto un funcionario (*v.gr.*, notario), la contrariedad ciertamente se reduciría.

[707]

Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (BOE nº 236, de 2 de octubre).

[708]

Vid., p.ej., en relación con los bancos centrales, De La Mata, A., “Cumplimiento normativo y banca central”, *Revista de Derecho Bancario y Bursatil*, nº 133, 2014, p. 1 ss. Va más allá Ballesteros Sánchez, J., “*Compliance* empresarial: la labor de empresa más allá de los bienes jurídico-penales. Perspectiva española”, *Revista Derecho Penal y Criminología*, vol. 41, 2020, p. 13 ss., enlazando el *criminal compliance* con las prioridades estratégicas globales en materia de seguridad humana y desarrollo sostenible.

[709]

En clarificadora expresión oral del Prof. Dr. Juan Carlos Ferré Olivé en la conferencia “Delincuencia fiscal y responsabilidad penal de las personas jurídicas” en el marco *XII Semana de Derecho Penal de Las Palmas*, Las Palmas de Gran Canaria, 28 de febrero de 2018.

[710] Vid. unos breves comentarios a las sentencias dictadas por el Tribunal Supremo en Frago Armada, J.A.: *En ocasiones veo reos* [blog] [Acceso en: <https://enocasionesveoreos.blogspot.com>].

[711] Sin negar, en ningún caso, el potencial, en general, de esta tecnología. Según el Foro Económico Mundial (mediáticamente conocido como Foro de Davos), la tecnología *blockchain* alterará de raíz el modo en el que las instituciones financieras hacen negocios, y acabará por convertirse en el “corazón” del sistema financiero internacional (World 2016). Vid., por igual, Rodríguez, M. (2016), “15 aplicaciones de la tecnología blockchain más allá de bitcoin” [post]. *Observatorio FinTech*. 13 de octubre [En línea: <https://www.fintech.es/2016/10/aplicaciones-de-la-tecnologia-blockchain.html>. Último acceso: junio de 2021].

[712] Vid. una buena descripción, que guarda una mirada prudente entre la visión futurista disruptora (llamada por esta autora “blockchain radical” y la meramente evolutiva (a la que denomina “blockchain incorporativa”-, en Swartz, L., “El sueño del blockchain. Imaginando alternativas tecnoeconómicas más allá del bitcói”, en Castells, M. *et. al.*, *Otra economía es posible. Cultura y economía en tiempos de crisis*. Madrid: Alianza, 2017, p. 123 ss., 131 ss., 142 ss.). Vid., por igual, mostrando las distintas valoraciones contrapuestas, García Mexía, P., “Introducción general”, en García Mexía, P. (dir.), *Criptoderecho. La regulación de Blockchain*. Madrid: Wolters Kluwer (2018a, 23 ss.).

[713] Vid., unas interesantes reflexiones sobre la innovación en las AA.PP., en Campos Acuña, M.C., “Inteligencia artificial e innovación en la Administración Pública: (in)necesarias regulaciones para la garantía del servicio público”, *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, nº especial 3, 2019, p. 74 ss.; Longo Martínez, F., “La Administración Pública en la era del cambio exponencial. Hacia una gobernanza exploratoria”, *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, nº especial 3, 2019, p. 52 ss., aunque, como se advirtió al inicio, el *public compliance* no ha sido aquí objeto de atención.

[714] Como dice el informe de Deloitte, *The futur of controls*. Londres [En línea: <https://www2.deloitte.com/uk/en.html>. Último acceso: junio de 2021]: “Un modelo proactivo le permitirá percibir situaciones y gestionarlas con antelación, en lugar de un modelo reactivo en el que a menudo solo sabemos que algo va mal cuando las cosas se acercan a la fase de crisis”.

[715] Cfr. García Mexía, P., “Del ciberderecho al Criptoderecho. La criptorregulación”, en García Mexía, P. (dir.), *Criptoderecho. La regulación de Blockchain*. Madrid: Wolters Kluwer, 2018b, p. 94 ss., donde llega a afirmar, entusiásticamente: “En Blockchain, la irreversibilidad garantiza la confianza. Y, con confianza, todo es posible entre personas. Hasta sin normas jurídicas. Bastará el Criptoderecho” (p. 96), entendiendo por este “el código tecnológico de los sistemas basados en Blockchain” (p. 95). Cfr., a su vez, contundente, Rosales de Salamanca, F., “Una perspectiva jurídica y crítica del Blockchain”, *Derecho Digital e Innovación* (La Ley), nº 1, 2019, 1 ss.

[716] Por ejemplo: *Diario Oficial de la Unión Europea* (región), *Boletín Oficial del Estado* (país), *Boletín Oficial de Canarias* (comunidad autónoma), *Boletín Oficial de la Provincia de Las Palmas* (provincia).

[717] Vid. una explicación sobre las bifurcaciones en González-Meneses (2017, 93 ss.).

[718] ECLI: ES:TS:2021:2165. Vid. la nota de prensa emitida por el Consejo General del Poder Judicial en: <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Noticias-Judiciales/El-Tribunal-Supremo-tipifica-como-agresion-sexual-la-obtencion-de-videos-sexuales-de-una-menor-bajo-intimidacion-en-las-redes-sociales>.

\* *Abogado y Notario Público, Universidad Católica de Asunción. Especialista en Derecho Penal de la Empresa y Crimen Organizado en la UCLM, Toledo, España. Especialista en Derecho Penal Económico por la UNNE Corrientes, Argentina. Especialista en Ciencias Penales.*

[719] GRUPO DE ACCIÓN FINANCIERA DE SUDAMÉRICA (GAFISUD). *Informe de Evaluación Mutua. Anti Lavado de Activos y contra el Financiamiento del Terrorismo (3° Ronda). Paraguay*. “consultado en 12/10/2019, [<https://www.gafilat.org/index.php/es/biblioteca-virtual/miembros/paraguay/evaluaciones-mutuas-13/217-paraguay-3era-ronda-2008/file>]

[720] Ver informe final en: <https://www.gafilat.org/index.php/es/biblioteca-virtual/gafilat/documentos-de-interes-17/iem-del-gafilat/4332-informe-de-evaluacion-mutua-de-paraguay/file> (consultado el 4/10/2022)

[721] Para tal efecto ver las recomendaciones del 2012 y sus notas interpretativas, en: GAFISUD. *Las Recomendaciones del GAFI*. “Consultado en: 7/09/2019 [<https://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/recommendations/pdfs/FATF-40-Rec-2012-Spanish.pdf>]

[722] Debido a que la extensión asignada es limitada, dejaremos para un trabajo posterior el desarrollo con más detalles de los estándares internacionales en función a los tratados de Viena y de Palermo, así como la referida recomendación 3.

[723] PREDAL DEL PUERTO, Ricardo. *El Análisis del art. 196 del Código Penal, Lavado de Dinero*, en Apuntes de Derecho Penal Económico III, coordinado por el mismo autor. Editado por ICED. Asunción, 2013, p. 234

[724] “Que modifica y actualiza la ley Nro. 357/72, que reprime el tráfico ilícito de estupefacientes y drogas peligrosas y otros delitos afines y establece medidas de prevención y recuperación de farmacodependientes”. La ley 1340/88 fue modificada parcialmente por la ley 1881/2002.-

[725] *El que a sabiendas comercie, intervenga de alguna manera o se beneficie económicamente, por sí o por interpósita persona, del producto de la*

*comercialización ilícita de las sustancias o materias primas a que se refiere esta ley, será castigado con penitenciaría de cinco a quince años.*

[726]

**Artículo 71** - DEL NARCOTRÁFICO, DE LA DROGADICCIÓN Y DE LA REHABILITACIÓN. El Estado reprimirá la producción, y el tráfico ilícitos de las sustancias estupefacientes y demás drogas peligrosas, así como los actos destinados a la legitimación del dinero proveniente de tales actividades. Igualmente combatirá el consumo ilícito de dichas drogas. La ley reglamentará la producción y el uso medicinal de las mismas. Se establecerán programas de educación preventiva y de rehabilitación de los adictos, con la participación de organizaciones privadas.

[727]

La ley 1015 fue publicada en la Gaceta Oficial N° 10 de enero de 1997, ver: PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY, "Ley N° 1.015; 1.030", "en *Gaceta Oficial de la República del Paraguay*. N° 10, Asunción, Dirección de Publicaciones Oficiales, 1997. "Consultado en [<http://www.gacetaoficial.gov.py/index/getDocumento/35664>]

[728]

En el mismo sentido en cuanto a la derogación, SCHÖNE, Wolfgang. *Contribuciones al orden jurídico-penal paraguayo*. Editorial Intercontinental, Asunción, 2000, p. 117; VALLEJO, p. 360; y, CASAÑAS LEVI, José Fernando. *Hechos Punibles contra la restitución de bienes*, en Código Penal de la República del Paraguay. Comentado. Tomo II, dirigido por el mismo autor. Editorial La Ley paraguaya. Asunción, 2011, p. 427; aunque éste cambió su posición original, ver: CASAÑAS LEVI, José Fernando. *Legislación Penal Paraguaya. Fuentes, Concordancias y Comentarios a las leyes penales especiales*. Editorial Intercontinental. Asunción, 2000, p. 601.

[729]

**Artículo 3º.- Tipificación del delito de lavado de dinero o bienes.**

Comete delito de lavado de dinero o bienes, el que con dolo o culpa:

- a) oculte un objeto proveniente de un crimen, o de un delito perpetrado por una banda criminal o grupo terrorista, o de un delito tipificado por la Ley 1.340/88 "Que reprime el tráfico de estupefacientes y drogas peligrosas" y sus modificaciones;
- b) respecto de tal objeto, disimule su origen, frustre o peligre el conocimiento de su origen o ubicación, su encuentro, su decomiso, su incautación, su secuestro, o su embargo preventivo; y,
- c) obtenga, adquiera, convierta, transfiera, guarde o utilice para sí u otro el objeto mencionado en el párrafo primero. La apreciación del conocimiento o la negligencia se basarán en las circunstancias y elementos objetivos que se verifiquen en el caso concreto.

[730]

**Artículo 4º.- Sanción penal.**

El delito de lavado de dinero o bienes será castigado con pena penitenciaria de dos a diez años.

El juez podrá dejar de aplicar la pena al coautor o partícipe si éste colabora espontánea y efectivamente con las autoridades para el descubrimiento del ilícito penal tipificado en la presente ley, para la individualización de los autores principales o para la ubicación de los bienes, derechos o valores que fueron objeto del delito.

[731] ver: PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY, *Gaceta Oficial de la República del Paraguay*. N° 139 del 22 de julio de 2009, Asunción, Dirección de Publicaciones Oficiales, 2009. <http://www.gacetaoficial.gov.py/index/getDocumento/14300>

[732] Ver: PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY, *Gaceta Oficial de la República del Paraguay*. N° 139 del 26 de diciembre de 2019, Asunción, Dirección de Publicaciones Oficiales, [http://www.gacetaoficial.gov.py/index/detalle\\_publicacion/61630](http://www.gacetaoficial.gov.py/index/detalle_publicacion/61630)

[733] ver: PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY, “Ley N° 1.160 Código Penal”, “en *Gaceta Oficial de la República del Paraguay*. N° 142 (bis) del 1 de diciembre de 1997, Asunción, Dirección de Publicaciones Oficiales, 1997. “Consultado en <http://www.gacetaoficial.gov.py/index/getDocumento/53491>]

[734] ver: PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY, *Gaceta Oficial de la República del Paraguay*. N° 160 del 20 de agosto de 2008, Asunción, Dirección de Publicaciones Oficiales, 2008. “Consultado en [<http://www.gacetaoficial.gov.py/index/getDocumento/15407>]”

[735] ver: PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY, *Gaceta Oficial de la República del Paraguay*. N° 235 del 2 de diciembre de 2019, Asunción, Dirección de Publicaciones Oficiales, 2019. “Consultado en <http://www.gacetaoficial.gov.py/index/getDocumento/61437>

[736] Sobre las diversas denominaciones que se le da en los países, ver MALLADA FERNÁNDEZ, Covadonga. *Blanqueo de Capitales y Evasión Fiscal*. Editorial Lex Nova- Thomson Reuters. Valladolid, 2012, pp 42-44

[737] Para profundizar sobre la cuestión terminológica, ver: ABEL SOUTO, Miguel. *Normativa Internacional sobre el Blanqueo de dinero y su recepción en el ordenamiento penal español*. Tesis Doctoral, Santiago de Compostela, 2001, pp. 8-34; ver también la crítica del mismo autor a la nueva rúbrica del Código Penal español, pues éste utiliza blanqueo de capitales y no de dinero ABEL SOUTO, Miguel. *La expansión iberoamericana del blanqueo de dinero y las reformas penales españolas de 2015, con jurisprudencia y anotaciones relativas a los ordenamientos jurídicos de Argentina, Bolivia, Ecuador, los Estados Unidos, Méjico y Perú*. “Consultado en: [<https://aidpee.org/wp-content/uploads/2018/03/Abel-Expansi%C3%B3n-mundial-del-blanqueo-2018.pdf>]”, pp. 13-17

[738] ANTEPROYECTO DE CÓDIGO PENAL DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY, preparado por el Ministerio Público a través de la Fiscalía General del Estado, Asunción, 1994, pp 197-199

[739] RUSS, Wolfgang, *Comentario al § 261 del Código penal alemán: el blanqueo de dinero*”, trad. por ABEL SOUTO, M., y publicado en *Dereito. Revista Xurídica da Universidade de Santiago de Compostela*, vol. 6, nº 1, 1997, p. 183

[740] LAMPE, Ernst-Joachim, *El nuevo tipo penal del blanqueo de dinero (§ 261 stgb)*, trad. por Abel Souto, en *Estudios Penales y Criminológicos*, N° 20.

Santiago de Compostela, 1997, p. 122. RUSS, Wolfgang, *Comentario al § 261 del Código penal alemán: el blanqueo de dinero*, trad. por ABEL SOUTO, M., y publicado en *Dereito. Revista Xurídica da Universidade de Santiago de Compostela*, vol. 6, nº 1, 1997, p 187 y BLANCO CORDERO, Isidoro. *El delito de Blanqueo de Capitales*. Editorial Aranzadi-Thomson Reuters. Pamplona, 2012, p. 527

[741]

PINTO, Ricardo; et al. *El delito de Lavado de activos como delito autónomo*. Editado por CICAD/OEA. Consultado en 4/03/2013 [<http://www.pensamientopenal.com.ar/node/28091>]", p. 38; ver también, la traducción de la versión actual del § 261 del StGB, en TIEDEMANN, Klaus. *Manual de Derecho Penal Económico Parte General y Especial*, Tirant lo blanch, Valencia, 2010, pp. 506-507

[742]

Fórmula similar al delito de obstrucción a la restitución de bienes de nuestro CP, art. 194, inc. 3º.-

[743]

BOTTKE, Wilfried, *Mercado, criminalidad organizada y blanqueo de capitales en Alemania*, consultado en 11/06/2012 [[http://www.cienciaspenales.net/portal/page/portal/IDP/REVISTA\\_PENAL\\_DOCS/Numero\\_2/1-17.pdf](http://www.cienciaspenales.net/portal/page/portal/IDP/REVISTA_PENAL_DOCS/Numero_2/1-17.pdf)]", p. 5

[744]

A favor de la punición del autolavado en Paraguay se muestra MORA RODAS, Nelson Alcides. *Código Penal Paraguay Comentado 6ª Edición*, Editorial Intercontinental, Asunción, 2019, p. 519.

[745]

Para comprender el alcance del concepto de "concurso aparente", entre otros, ver: FRISTER, Helmut. *Derecho Penal Parte General*, traducción de la 4ª Edición alemana (2009) por Marcelo Sancinetti, Edit. Hammurabi, Buenos Aires, 2011, pp. 679-692; y, ROXIN, Claus. *Derecho Penal Parte General Tomo I*, Traducción de la 2ª Edición alemana (1994) por Diego Luzón Peña, Miguel Díaz y Javier de Vicente, Editorial Civitas, Madrid, 2008, pp. 997-1025

[746]

SALA PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, del 27/05/2019 N° 351 (declaró inadmisibile la casación planteada por el condenado); SALA PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA del 1/11/2018 N° 107; y, SALA PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA del 9/04/2009 N° 225. Existen también condenas por autolavado en juicio abreviado (art. 420 CPP)

[747]

Así también advierten en Alemania al respecto del § 261: TIEDEMANN, Klaus. *Manual de Derecho Penal Económico Parte General y Especial*, Tirant lo blanch, Valencia, 2010, p. 345, y LAMPE, Ernst-Joachim, *El nuevo tipo penal del blanqueo de dinero (§ 261 stgb)*, trad. por Abel Souto, en *Estudios Penales y Criminológicos*, N° 20. Santiago de Compostela, 1997, p. 132

[748]

La fórmula del tipo subjetivo sólo se utiliza en el CP en dos lugares, el art. 196, inc. 5º y el 179, inc. 2º

[749]

Esto se explicará en el apartado del tipo subjetivo.

[750]

Tiene como fuente el § 43a del StGB, incorporado al sistema alemán en 1992 por la *Ley para combatir el tráfico ilegal de estupefacientes y otras formas de aparición de la criminalidad organizada*, al respecto ver: ESER,



Albin. *La evolución del derecho penal alemán en las últimas décadas del siglo XX*, “consultado en 17-08-2019 [http://www.cienciaspenales.net/files/2016/07/23albin-eser.pdf]” pp. 265-266. La pena patrimonial, por la indeterminación en su aplicación fue considerada inconstitucional (Sentencia de la Segunda Sala del Tribunal Constitucional Alemán, del 20 de marzo de 2002 -2 BvR 794/95. BVerfGE 105, 135)

[751]

Su fuente es § 73 d StGB, incorporada por la misma ley de la cita anterior, ver ESER, pp. 265-266.

[752]

Según el Código Penal se trata de: *el actuar con el propósito de crear para sí, mediante la realización reiterada de hechos punibles, una fuente de ingresos no meramente transitoria* (art. 14, inc. 1º, num. 15 CP).

[753]

Esto no debe confundirse con la Asociación criminal (art. 239) que es un delito autónomo, se trata de hechos punibles relacionados a la criminalidad organizada y que se denominan Delitos en Banda, al respecto ver: ROMERO SÁNCHEZ, Angélica. *La asociación criminal y los delitos en Banda en el Derecho Penal Alemán*. Editorial Universidad Externado, Bogotá, 2015. , pp. 55-66 y LAMPE, Ernst-Joachim, *El nuevo tipo penal del blanqueo de dinero (§ 261 stgb)*, trad. por Abel Souto, en Estudios penales y Criminológicos, N° 20. Santiago de Compostela, 1997, p. 136

[754]

Cumple expresamente con el art. 6.2.c de la Convención de Palermo y con la nota interpretativa N° 5 de la Recomendación 3 del GAFI.

[755]

GARCIA CAVERO; ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, et al. (coord.). “Dos cuestiones problemáticas del delito de Lavado de activos: El delito previo y la cláusula de aislamiento”, en *Imputación y Sistema Penal*, ARA Editores. Lima, 2012. pp. 417-438

[756]

Cumple expresamente con la nota interpretativa N° 4 de la Recomendación 3 del GAFI

[757]

En particular, la libertad probatoria, ver art. 193 código procesal penal (CPP)

[758]

MORA RODAS, Nelson Alcides. *Código Penal Paraguayo Comentado 6ª Edición*, Editorial Intercontinental, Asunción, 2019. pp. 519-520; y, CENTURIÓN ORTIZ, Rodolfo Fabián. *Derecho Penal Parte Especial*. Editorial La Ley paraguaya. Asunción, 2011., p. 406

[759]

LÓPEZ CABRAL, Miguel Oscar. *Código Penal Paraguayo Comentado*. Editorial Intercontinental, Asunción 2009. p. 539

[760]

La cual es ciertamente escasa, pues se toca el Lavado de dinero de una manera bastante tangencial en comentarios de la parte especial del CP; así por ejemplo: BAREIRO PORTILLO, Pablo. *Código Penal Comentado Tomo II*. Editado por el autor. Asunción, 2007. , pp. 384-392; CASAÑAS LEVI, José Fernando. *Hechos Punibles contra la restitución de bienes*, en el Código Penal de la República del Paraguay. Comentado. Tomo II, dirigido por el mismo autor. Editorial La Ley paraguaya. Asunción, 2011. , pp. 424-430; CENTURIÓN ORTIZ, Rodolfo Fabián. *Derecho Penal Parte Especial*. Editorial La Ley

paraguaya. Asunción, 2011. , pp. 405-408; LÓPEZ CABRAL, Miguel Oscar. Código Penal Paraguayo Comentado. Editorial Intercontinental, Asunción 2009, pp. 536-541; MORA RODAS, Nelson Alcides. *Código Penal Paraguayo Comentado 6ª Edición*, Editorial Intercontinental, Asunción, 2019, pp. 517-526, y RODRÍGUEZ KENNEDY, Oscar; et al. *Apuntes de Derecho Penal. Parte Especial*, Editorial Space Digital, Asunción, 2009, pp. 166-170; asimismo, se han publicado las tesis doctorales, una de ellas en ciencias jurídicas, del Dr. Osvaldo Ruiz Nicolaus y el otro en ciencias contables, del Dr. Nelson Darío Díaz Rojas (ambos no tienen un desarrollo sistemático y profundo del art. 196 del CP. También hay un par de artículos publicados: VALLEJO ÁVALOS, María del Rocío. *El Lavado de dinero en la legislación paraguaya*, en Revista Jurídica de la Universidad Americana, Asunción, noviembre 2010, pp. 359-378 (tiene un breve desarrollo del art. 196 del CP y algunos aspectos de las normas preventivas vigentes al 2010); PREDA DEL PUERTO, Ricardo. *El Análisis del art. 196 del Código Penal, Lavado de Dinero*, en Apuntes de Derecho Penal Económico III, coordinado por el mismo autor. Editado por ICED. Asunción, 2013,, pp. 232-248 (desarrollo sucinto del art. 196 del CP); finalmente también hay un material que fue declarado por la Corte Suprema de Justicia, como de interés institucional e insta a todos los magistrados judiciales a utilizarlo: ALFONSO LARANGEIRA, César; CONTRERAS SAGUIER, Javier y PREDA DEL PUERTO Ricardo. *Programa práctico de subsunción de delitos económicos y de corrupción*, Editado por ICED, Asunción 2013, pp. 247-257 (se desarrollan análisis de subsunción sobre dos casos ficticios de LA).-

[761]

ANTEPROYECTO DE CÓDIGO PENAL DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY, preparado por el Ministerio Público a través de la Fiscalía General del Estado, Asunción, 1994, p. 74

[762]

Datos citados por ALBRECHT, Hans-Jörg, *Criminalidad Transnacional, comercio de narcóticos y lavado de dinero*. Traducción Oscar Julián Guerrero Peralta Editado por la Universidad Externado. Bogotá 2001, p 50

[763]

LAMPE, Ernst-Joachim, *El nuevo tipo penal del blanqueo de dinero (§ 261 stgb)*, trad. por Abel Souto, en Estudios Penales y Criminológicos, N° 20. Santiago de Compostela, 1997, pp. 119-120

[764]

Así por ejemplo las conductas señaladas en el inc. 2°, que

[765]

TIEDEMANN, Klaus. *Manual de Derecho Penal Económico Parte General y Especial*, Tirant lo blanch, Valencia, 2010, pp. 42 y 344,

LAMPE, Ernst-Joachim, *El nuevo tipo penal del blanqueo de dinero (§ 261 stgb)*, trad. por Abel Souto, en Estudios Penales y Criminológicos, N° 20. Santiago de Compostela, 1997, pp. 104 a 148. , p 122; y,

RUSS, Wolfgang, *Comentario al § 261 del Código penal alemán: el blanqueo de dinero*, trad. por ABEL SOUTO, M., y publicado en *Dereito. Revista Xurídica da Universidade de Santiago de Compostela*, vol. 6, n° 1, 1997, p. 179 a 196. , p. 186

[766]

Ver las conductas señaladas en el inc. 1°

[767]

ALBRECHT, Hans-Jörg, *Criminalidad Transnacional, comercio de narcóticos y lavado de dinero*. Traducción Oscar Julián Guerrero Peralta

Editado por la Universidad Externado. Bogotá 2001. , p. 50

[768] LAMPE, Ernst-Joachim, *El nuevo tipo penal del blanqueo de dinero (§ 261 stgb)*, trad. por Abel Souto, en Estudios Penales y Criminológicos, N° 20. Santiago de Compostela, 1997, pp. 104 a 148. p. 120

[769] Entre otros, la Convención de Palermo (ratificada por Ley 2298/93)

[770] Así en la doctrina española, entre otros: BLANCO CORDERO, Isidoro; et al. *Combate del Lavado de Activos desde el Sistema Judicial*. Editado por la OEA, Washington DC, 2007, pp . 210-235; ABEL SOUTO, Miguel. *Normativa Internacional sobre el Blanqueo de dinero y su recepción en el ordenamiento penal español*. Tesis Doctoral, Santiago de Compostela, 2001. pp. 354-361 ZARAGOZA AGUADO, Javier Alberto; et al. *Combate del Lavado de Activos desde el Sistema Judicial*. Editado por la OEA, Washington DC, 2007. (2007), p.197. En nuestro país, VALLEJO ÁVALOS, María del Rocío. *El Lavado de dinero en la legislación paraguaya*, en Revista Jurídica de la Universidad Americana [pp. 359-378], Asunción, noviembre 2010, p. 361 quien parafraseando a autores españoles, habla de un orden socioeconómico y la administración de justicia, como bienes jurídicos atacados

[771] Con varias referencias, ver ESCOBAR BRAVO, María Eugenia. *Blanqueo de Dinero en Alemania: legislación y jurisprudencia*, en VI Congreso Internacional sobre prevención y represión del Blanqueo de dinero (Miguel Abel Souto y Nielson Sánchez Stewart, coordinadores). Editorial Tirant Lo Blanch. Valencia, 2019, p. 310

[772] Para el concepto de tipo objetivo, ver entre otros: SCHÖNE, Wolfgang; et al. *Técnica Jurídica. Método para la resolución de casos penales 3ª edición revisada*, Editorial BIJUPA, Asunción, 2016, p. 72; FRISTER, Helmut. *Derecho Penal Parte General*, traducción de la 4ª Edición alemana (2009) por Marcelo Sancinetti, Edit. Hammurabi, Buenos Aires, 2011. pp. 166-167; y, JESCHECK, Hans-Heinrich; et al. *Tratado de Derecho Penal Parte General*, Traducción de la 5ª edición alemana (1996) por Miguel Olmedo Cardenete, Editorial Comares, Granada, 2002.p. 293

[773] Este sería el objeto material.

[774] Así ESCOBAR BRAVO, María Eugenia. *Blanqueo de Dinero en Alemania: legislación y jurisprudencia*, en VI Congreso Internacional sobre prevención y represión del Blanqueo de dinero (Miguel Abel Souto y Nielson Sánchez Stewart, coordinadores). Editorial Tirant Lo Blanch. Valencia, 2019., p. 316; de otra opinión: Casañas Levi expresamente el autor señala que *Objeto es cualquier cosa mueble o inmueble*. Erradamente desconoce que en el concepto "objeto" también se incluyen los derechos. Los cuales no son propiamente cosas. El autor no ofrece explicación alguna para esta limitación. (CASAÑAS LEVI, José Fernando. *Hechos Punibles contra la restitución de bienes*, en el Código Penal de la República del Paraguay. Comentado. Tomo II, dirigido por el mismo autor. Editorial La Ley paraguaya. Asunción, 2011, p. 427).

[775] revisado el significado Diccionario de la Real Academia, 22ª Edición, 2001

[776] RUSS, Wolfgang, *Comentario al § 261 del Código penal alemán: el blanqueo de dinero*, trad. por ABEL SOUTO, M., y publicado en *Dereito. Revista Xurídica da Universidade de Santiago de Compostela*, vol. 6, nº 1, 1997 p. 187; y,

LAMPE, Ernst-Joachim, *El nuevo tipo penal del blanqueo de dinero (§ 261 stgb)*, trad. por Abel Souto, en *Estudios Penales y Criminológicos*, N° 20. Santiago de Compostela, 1997, pp. 104 a 148. , p. 123, aunque éste sólo recurre a este concepto como una forma de evitar una excesiva ampliación de la punibilidad .

[777] BOTTKE, Wilfried, *Mercado, criminalidad organizada y blanqueo de capitales en Alemania*, “consultado en 11 de junio de 2012 [http://www.cienciaspenales.net/portal/page/portal/IDP/REVISTA\_PENAL\_DOCS/Numero\_2/1-17.pdf]”, p. 4; y, RUSS, Wolfgang, *Comentario al § 261 del Código penal alemán: el blanqueo de dinero*, trad. por ABEL SOUTO, M., y publicado en *Dereito. Revista Xurídica da Universidade de Santiago de Compostela*, vol. 6, nº 1, 1997, p. 187

[778] ESCOBAR BRAVO, María Eugenia. *Blanqueo de Dinero en Alemania: legislación y jurisprudencia*, en VI Congreso Internacional sobre prevención y represión del Blanqueo de dinero (Miguel Abel Souto y Nielson Sánchez Stewart, coordinadores). Editorial Tirant Lo Blanch. Valencia, 2019. pp. 316-317

[779] ABEL SOUTO, Miguel. *Normativa Internacional sobre el Blanqueo de dinero y su recepción en el ordenamiento penal español*. Tesis Doctoral, Santiago de Compostela, 2001. p. 32 (cita #56)

[780] Art.1873.- **Los objetos inmateriales susceptibles de valor e igualmente las cosas, se llaman bienes. El conjunto de los bienes de una persona, con las deudas o cargas que lo gravan, constituye su patrimonio.**

[781] Art. 14, inc. 1º, num. 4 CP

[782] DURRIEU FIGUEROA, Roberto. *La ganancia económica del delito. Lavado de dinero, decomiso y financiamiento del crimen organizado y del terrorismo*. Editorial Marcial Pons. Buenos Aires, 2017. pp. 305-306

[783] Ver en el art. 196, inc. 1º: **numeral 1)** Rufianería (art 129a CP); Proxenetismo (art. 139 CP); Violación del derecho de autor y derechos conexos (art. 184a CP); De la violación de los derechos de marca (art. 184b CP); De la violación de los derechos sobre dibujos y modelos industriales (art. 184c CP); Extorsión y Extorsión agravada (arts. 185 y 186 del CP); Estafa (art. 187 CP) Estafa mediante sistemas informáticos (art. 188 CP); Promoción Fraudulenta de Inversiones (art. 191a CP); Manipulación de Mercados (art. 191b CP); Lesión de confianza (art. 192 CP); Usura (art. 193 CP); Procesamiento ilícito de desechos (art. 200 CP); Ingreso de sustancias nocivas en el territorio nacional (art. 201 CP); Producción de Documentos no Auténticos (art. 246 CP); Evasión de Impuestos (art. 261 CP); Adquisición Fraudulenta de Subvenciones (art. 262 CP); Producción de Moneda no Auténtica (art. 263 CP); Cohecho privado (art. 268b CP); Soborno Privado (art. 268c CP); Cohecho pasivo (art. 300 CP); Cohecho pasivo agravado (art. 301 CP); Soborno (art. 302 CP); Soborno

agravado (art. 303 CP) y Prevaricato (art. 305 CP) **numeral 4)** Artículos 37 al 45 de la ley 1340/88 (contra el narcotráfico), **numeral 5)** los señalados en los arts. 94 al 104 de la ley 4036/2010 de Armas. **numeral 6)** Contrabando, art. 336 de la ley N° 2422/04 Código Aduanero **numeral 7)** los previstos en la Ley N° 2523/2004 “QUE PREVIENE, TIPIFICA Y SANCIONA EL ENRIQUECIMIENTO ILCITO EN LA FUNCIÓN PUBLICA Y EL TRAFICO DE INFLUENCIAS”. **numeral 8)** los previstos en la Ley N° 2523/2004 “QUE PREVIENE, TIPIFICA Y SANCIONA EL ENRIQUECIMIENTO ILCITO EN LA FUNCIÓN PUBLICA Y EL TRAFICO DE INFLUENCIAS” **numeral 9)** los hechos punibles de soborno y cohecho transnacional, previstos en la Ley respectiva.

[784]

Tipificado en el art. 239 del CP. Ver: YOON PAK, Deny. *Tipicidad del hecho punible de asociación criminal*. Editorial el Foro, Asunción 2018. pp. 119-127

[785]

En Paraguay los hechos punibles se dividen según su gravedad en: delitos (pena privativa de libertad hasta 5 años) y crímenes (pena privativa de libertad superior a 5 años), ver art. 13 del CP.-

[786]

Este delito recién se incorporó como subyacente en el 2019 con la ley 6452

[787]

Incluso recién cuando la decisión administrativa quede firme en sede judicial, primero el Tribunal de Cuentas y luego, si se apela, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia.

[788]

ver: PREDA DEL PUERTO, Ricardo. *La prejudicialidad en la Evasión de impuestos. Un retroceso legislativo del Paraguay*. en Apuntes de Derecho Penal Económico II, coordinado por el mismo autor. Editado por ICED. Asunción, 2013, pp. 177-194

[789]

Ver la publicación del diario ABC Color en: <https://www.abc.com.py/edicion-impresa/suplementos/empresas-y-negocios/preda-ajustar-la-ley-para-castigar-a-evasores-1242354.html> [consultado el 4/10/2022]

[790]

Sobre el resultado en el art. 261 del CP, ver: PREDA DEL PUERTO, Ricardo. *La Tipicidad de la Evasión de impuestos en el Código Penal Paraguayo*, en Apuntes de Derecho Penal Económico, coordinado por Javier Contreras Sagui y Ricardo Preda Del Puerto, Editado por ICED. Asunción, 2012. pp. 195-197.

[791]

ver art. 261, inc. 4º CP, define el primer resultado descrito en este delito.

[792]

GARCIA CAVERO; ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, et al. (coord.). “Dos cuestiones problemáticas del delito de Lavado de activos: El delito previo y la cláusula de aislamiento”, en *Imputación y Sistema Penal*, ARA Editores. Lima, 2012. p. 426

[793]

ver art. 261, inc. 5º CP definición del segundo resultado típico previsto por la Evasión de impuestos

[794] CÓRDOBA, Fernando J. *Delito de lavado de dinero*. Editorial Hammurabi. Buenos Aires, 2016. pp. 180-187.

FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos. *Tratado de los Delitos Contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social*. Editorial Tirant Lo Blanch. Valencia, 2018. pp. 357-392; BLANCO CORDERO, Isidoro. *El delito de Blanqueo de Capitales*. Editorial Aranzadi-Thomson Reuters. Pamplona, 2012, pp. 369-441; DEMETRIO CRESPO, Eduardo. *Sobre el fraude fiscal como actividad delictiva antecedente del blanqueo de dinero*, en Revista Nuevo Foro Penal Vol. 12, N° 87, junio-diciembre 2016, Universidad EAFIT, Medellín, , pp. 99-119; y, TIEDEMANN, Klaus. *Manual de Derecho Penal Económico Parte General y Especial*, Tirant lo blanch, Valencia, 2010, p. 346

[795] CÓRDOBA, Fernando J. *Delito de lavado de dinero*. Editorial Hammurabi. Buenos Aires, 2016, p. 156

[796] CÓRDOBA, Loc. cit., p. 157

[797] CÓRDOBA, Loc. cit., pp. 157-158

[798] CÓRDOBA, Loc. Cit., pp. 159-160

[799] Con amplia referencia a la doctrina alemana, ver: CÓRDOBA, Fernando J. *Delito de lavado de dinero*. Editorial Hammurabi. Buenos Aires, 2016, pp. 161-163

[800] LAMPE, Ernst-Joachim, *El nuevo tipo penal del blanqueo de dinero (§ 261 stgb)*, trad. por Abel Souto, en Estudios Penales y Criminológicos, N° 20. Santiago de Compostela, 1997, pp. 104 a 148. , p 126; y, RUSS, Wolfgang, *Comentario al § 261 del Código penal alemán: el blanqueo de dinero*, trad. por ABEL SOUTO, M., y publicado en *Dereito. Revista Xurídica da Universidade de Santiago de Compostela*, vol. 6, n° 1, 1997, p. 188.

[801] CARO JOHN/POLAINO ORTS, *Conductas neutras en derecho penal: Algunas consecuencias dogmáticas*, en Imputación y Sistema Penal (ABANTO VÁSQUEZ/CARO JOHN/ MAYHUA QUISPE. Coords.) ARA Editores. Lima, 2012, pp. 63-64.,

[802] GARCIA CAVERO; “*Dos cuestiones problemáticas del delito de Lavado de activos: El delito previo y la cláusula de aislamiento*”, en Imputación y Sistema Penal, (ABANTO VÁSQUEZ/CARO JOHN/ MAYHUA QUISPE. Coords ARA Editores. Lima, 2012. p. 436

[803] LAMPE, Ernst-Joachim, *El nuevo tipo penal del blanqueo de dinero (§ 261 stgb)*, Loc. Cit., pp. 104 a 148; Así también, en GARCIA CAVERO, *Dos cuestiones problemáticas del delito de Lavado de activos: El delito previo y la cláusula de aislamiento*, en Imputación y Sistema Penal (ABANTO VÁSQUEZ/CARO JOHN/ MAYHUA QUISPE. Coords) , ARA Editores. Lima, 2012. p. 417, quien señala que el Lavado de dinero aún carece de identidad

[804] ABEL SOUTO, Miguel. *Normativa Internacional sobre el Blanqueo de dinero y su recepción en el ordenamiento penal español*. Tesis Doctoral, Santiago de Compostela, 2001, pp. 386-387 y BLANCO CORDERO, Isidoro. *El*

*delito de Blanqueo de Capitales*. Editorial Aranzadi-Thomson Reuters. Pamplona, 2012.(2012), p. 455

[805]

ABEL SOUTO, Miguel. *Normativa Internacional sobre el Blanqueo de dinero y su recepción en el ordenamiento penal español*. Loc. Cit., pp. 387-390 y BLANCO CORDERO, Isidoro. *El delito de Blanqueo de Capitales*. Loc. Cit., pp. 456-457

[806]

TIEDEMANN, Klaus. *Manual de Derecho Penal Económico Parte General y Especial*, Tirant lo blanch, Valencia, 2010, p. 346

[807]

Ver: SALA PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA Acuerdo y Sentencia N° 225 del 8/04/2009,. Así también la condena de un supuesto narcotraficante brasileño, quien luego fue extraditado a su país por la Sentencia Definitiva N° 122 del 2/05/2014. TRIBUNAL DE SENTENCIAS DE LA CAPITAL (jueces, Ovelar, Alfieri y Martínez) Sentencia Definitiva N° 122 del 2/05/2014.

[808]

Ver: Tribunal de Apelaciones, Tercera Sala de la Capital. Ac. y Sent. N° 57 del 5/09/2018 (Sala Penal CSJ, declaró inadmisibile la Casación, por Ac. y Sent. N° 351 del 27/05/2019)

[809]

TIEDEMANN, Klaus. *Manual de Derecho Penal Económico Parte General y Especial* Loc. Cit., p. 346.

[810]

DICCIONARIO DE LA REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. *Hallazgo*, [<https://dle.rae.es/hallazgo>] "Acción y efecto de hallar."; y, DICCIONARIO DE LA REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. *Hallar*, [<https://dle.rae.es/hallar>] "Dar con alguien o algo"

[811]

BOTTKE, Wilfried, *Mercado, criminalidad organizada y blanqueo de capitales en Alemania*, consultado en [http://www.cienciaspenales.net/portal/page/portal/IDP/REVISTA\\_PENAL\\_DOCS/Numero\\_2/1-17.pdf](http://www.cienciaspenales.net/portal/page/portal/IDP/REVISTA_PENAL_DOCS/Numero_2/1-17.pdf)], el 11/06/2012, p. 5.

[812]

Crítico con esta conducta, LAMPE, Ernst-Joachim, *El nuevo tipo penal del blanqueo de dinero (§ 261 stgb)*, Loc. Cit., p. 140.

[813]

CARO CORIA/ASMAT COHELO; *El impacto de los acuerdos Plenarios de la Corte Suprema N° 3-2010/CJ-116 del 16 de noviembre de 2010 y N° 7-2011/CJ-116 del 6 de diciembre de 2011*, en Imputación y Sistema Penal (ABANTO VÁSQUEZ/CARO JOHN/ MAYHUA QUISPE. COORDS.), ARA Editores. Lima, 2012. p. 329

[814]

Ver Tribunal de Apelaciones, Segunda Sala de la Capital, Ac. y Sent. N° 31 del 5/09/2018

[815]

ESCOBAR BRAVO, María Eugenia. *Blanqueo de Dinero en Alemania: legislación y jurisprudencia*, en VI Congreso Internacional sobre prevención y represión del Blanqueo de dinero (Miguel Abel Souto y Nielson Sánchez Stewart, coordinadores). Editorial Tirant Lo Blanch. Valencia, 2019. p 328, y RUSS, Wolfgang, *Comentario al § 261 del Código penal alemán: el blanqueo de*

*dinero*”, trad. por ABEL SOUTO, M., y publicado en *Dereito. Revista Xurídica da Universidade de Santiago de Compostela*, vol. 6, nº 1, 1997, p 190.

[816]

ABEL SOUTO, Miguel. *Normativa Internacional sobre el Blanqueo de dinero y su recepción en el ordenamiento penal español*. Tesis Doctoral, Santiago de Compostela, 2001, pp. 394-395 y BLANCO CORDERO, Isidoro. *El delito de Blanqueo de Capitales*. Editorial Aranzadi-Thomson Reuters. Pamplona, 2012, p. 459

[817]

PREDA DEL PUERTO, Ricardo. *El Análisis del art. 196 del Código Penal, Lavado de Dinero*, en Apuntes de Derecho Penal Económico III, coordinado por el mismo autor. Editado por ICED. Asunción, 2013, p. 242

[818]

ESCOBAR BRAVO, María Eugenia. *Blanqueo de Dinero en Alemania: legislación y jurisprudencia* Loc. Cit, p 329

[819]

ABEL SOUTO, Miguel. *La expansión iberoamericana del blanqueo de dinero y las reformas penales españolas de 2015, con jurisprudencia y anotaciones relativas a los ordenamientos jurídicos de Argentina, Bolivia, Ecuador, los Estados Unidos, Méjico y Perú*. [<https://aidpee.org/wp-content/uploads/2018/03/Abel-Expansi%C3%B3n-mundial-del-blanqueo-2018.pdf>], p. 45.

[820]

A *contrario sensu* de lo expuesto por Jescheck y Weigend sobre el tipo objetivo debería entenderse como tipo subjetivo todo lo que está en el ámbito psíquico del autor. JESCHECK, Hans-Heinrich, et al., *Tratado de Derecho Penal Parte General*, Traducción de la 5ª edición alemana (1996) por Miguel Olmedo Cardenete, Editorial Comares, Granada, 2002. p. 293

[821]

PREDA DEL PUERTO, Ricardo. *El Análisis del art. 196 del Código Penal, Lavado de Dinero*, en Apuntes de Derecho Penal Económico III, coordinado por el mismo autor. Editado por ICED. Asunción, 2013, p. 242

[822]

LÓPEZ CABRAL, Miguel Oscar. *Código Penal Paraguayo Comentado*. Editorial Intercontinental, Asunción 2009. p. 540

[823]

PREDA DEL PUERTO, Ricardo. *El Análisis del art. 196 del Código Penal, Lavado de Dinero*, en Apuntes de Derecho Penal Económico III, coordinado por el mismo autor. Editado por ICED. Asunción, 2013, p. 242

[824]

LAMPE, Ernst-Joachim, *El nuevo tipo penal del blanqueo de dinero (§ 261 stgb)*, Loc. Cit., pp. 133-134, transcribe la exposición de motivos del § 261 del StGB, fuente del 196 CP. Así también RUSS, Wolfgang, *Comentario al § 261 del Código penal alemán: el blanqueo de dinero*”, Loc. Cit., p 192; y, ESCOBAR BRAVO, María Eugenia. *Blanqueo de Dinero en Alemania: legislación y jurisprudencia*, Loc. Cit., p 339

[825]

PREDA DEL PUERTO, Ricardo. *El Análisis del art. 196 del Código Penal, Lavado de Dinero*, en Apuntes de Derecho Penal Económico III, coordinado por el mismo autor. Editado por ICED. Asunción, 2013, p. 243

[826]

ESCOBAR BRAVO, María Eugenia. *Blanqueo de Dinero en Alemania: legislación y jurisprudencia*, en VI Congreso Internacional sobre prevención y



represión del Blanqueo de dinero (Miguel Abel Souto y Nielson Sánchez Stewart, coordinadores). Editorial Tirant Lo Blanch. Valencia, 2019.p 339; y, RUSS, Wolfgang, *Comentario al § 261 del Código penal alemán: el blanqueo de dinero*", Loc. Cit., p 192

[827] ESCOBAR BRAVO, María Eugenia. *Blanqueo de Dinero en Alemania: legislación y jurisprudencia*, Loc. Cit. pp. 338 y 340.

[828] RUSS, Wolfgang, *Comentario al § 261 del Código penal alemán: el blanqueo de dinero*", Loc. Cit., p 191

[829] Ver art. 301.1 del Código Penal Español, con detalle de: BLANCO CORDERO, Isidoro. *El delito de Blanqueo de Capitales*. Editorial Aranzadi-Thomson Reuters. Pamplona, 2012. pp. 671-673

[830] SCHÖNE, Wolfgang. *Contribuciones al orden jurídico-penal paraguayo*. Editorial Intercontinental, Asunción, 2000. p. 121

[831] Entre otros, WORD REFERENCE. *Obtener, sinónimos y antónimos*. consultado en: 22/10/2019, [https://www.wordreference.com/sinonimos/obtener]

[832] Entre otros, WORD REFERENCE. *Adquirir, sinónimos y antónimos*. consultado en: 22/10/2019, [https://www.wordreference.com/sinonimos/adquirir]

[833] Aunque para algunos se puede hablar también de adquisición a título gratuito, ABEL SOUTO, Miguel. *Normativa Internacional sobre el Blanqueo de dinero y su recepción en el ordenamiento penal español*. Tesis Doctoral, Santiago de Compostela, 2001, pp. 384-385

[834] ALFONSO LARANGEIRA, César Y CONTRERAS SAGUIER, Javier, *Hechos punibles contra la propiedad en el Código Penal de la República del Paraguay. Comentarios y propuestas interpretativas*, Editado por ICED, Asunción 2010. p. 53: *La posesión, ..., es un dominio fáctico sobre una cosa, acompañado de una voluntad de ejercerlo*.

[835] S.D. N° 122 del 2/05/2014, Tribunal de Sentencia Capital (Ovelar, Alfieri y Martínez). Causa 10.339/05

[836] S.D. N° 229 del 14/08/2007 Tribunal de Sentencia Capital, confirmada finalmente por el Ac. y Sent. N° 225 del 8/05/2009 de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia. Causa 12.955/04

[837] Tribunal de Sentencia Capital (*Yaryes, Frutos y Casatti*), S.D. N° 20 del 7/03/2003, confirmada por el Ac. y Sent. N° 2801 del 11/12/2003 de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia.

[838] ABEL SOUTO, Miguel. *Normativa Internacional sobre el Blanqueo de dinero y su recepción en el ordenamiento penal español*. Loc. Cit. pp. 387-390; y, BLANCO CORDERO, Isidoro. *El delito de Blanqueo de Capitales*. Loc. Cit. pp. 456-457

[839] CÓRDOBA, Fernando J. *Delito de lavado de dinero*. Editorial Hammurabi. Buenos Aires, 2016, p. 157

[840] BLANCO CORDERO, Isidoro. *El delito de Blanqueo de Capitales*. Loc. Cit., p. 672

[841] ABEL SOUTO, Miguel. *Normativa Internacional sobre el Blanqueo de dinero y su recepción en el ordenamiento penal español*. Loc. Cit. pp. 398-399

[842] Refiriéndose al objeto proveniente de un hecho antijurídico, sería transmitirle a otro sujeto. Es la entrega de un objeto a otro: PREDAL DEL PUERTO, Ricardo. *El Análisis del art. 196 del Código Penal, Lavado de Dinero*, en Apuntes de Derecho Penal Económico III, coordinado por el mismo autor. Editado por ICED. Asunción, 2013, p. 242

[843] Juzgado Penal de Garantías N° 4 de Ciudad del Este. A.I. N° 912 del 4/08/2016.

[844] FINANCIAL ACTION TASK FORCE (FATF) (Órgano encargado). *Anti-Money Laundering and Combating the Financing of Terrorism. Germany*. "consultado en 12-10-2019, <https://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/reports/mer/MER%20Germany%20full.pdf>

[845] **Artículo 194.- Obstrucción a la restitución de bienes**

1º *El que ayudara a otro que haya realizado un hecho antijurídico, con la intención de asegurarle el disfrute de los beneficios provenientes de aquel, será castigado con pena privativa de libertad de hasta cinco años o con multa.*

[846] Ver pp. 222-226 del informe, en: <https://www.gafilat.org/index.php/es/biblioteca-virtual/gafilat/documentos-de-interes-17/iem-del-gafilat/4332-informe-de-evaluacion-mutua-de-paraguay/file>, consultado el 4/10/2022).

[847] FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos. *Tratado de los Delitos Contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social*. Editorial Tirant Lo Blanch. Valencia, 2018. Pág. 359.

\* *Master en Derecho penal por las Universidades Pompeu Fabra y Barcelona. Doctor en Derecho por la Universidad Austral. Profesor de Derecho penal empresario (Universidad Austral).*

[848] Publicada en el Boletín Oficial del 01-XII-2017, N° 33763, 3.

[849] Cfr. PLANAS, *Estudios de dogmática jurídico - penal. Fundamentos, teoría del delito y Derecho penal económico*, 2004, p. 6.

[850] Cfr. SÁNCHEZ-OSTÍZ GUTIERREZ, *¿Encubridores o cómplices? Contribución a una teoría global de las adhesiones post - ejecutivas*, 2014, p. 371.

[851] *Ibid*, 371.

[852] Con relación a los orígenes del *criminal compliance* puede verse BALCARCE y BERRUEZO, *Criminal compliance y Personas jurídicas*, 2016, p. 139 y siguientes.

[853] Si bien el sistema italiano ha recurrido a la sanción administrativa, la Corte de Casación por Sentencia del 17-9-2016 señaló el fraude de etiquetas del Legislador y reclamó la aplicación de los principios penales en la aplicación de las sanciones a las entidades empresarias. En Alemania, puede incluso apreciarse algunas iniciativas legislativas que apuntan a la responsabilidad penal empresaria. En el año 2013 el gobierno de Renania del Norte Westfalia (RNW), en aquel tiempo regido por el Partido social-demócrata alemán (SPD), presentó un proyecto de ley de Código penal para las Asociaciones. A principios de 2018, el Grupo de Investigación de Derecho penal para Asociaciones, fundado en la Universidad de Köln (Colonia), en el que tiene participación el Prof. Frister, presentó un proyecto para introducir la punición jurídico-penal de las asociaciones (cfr. Wostry en la introducción a la obra de FRISTER y BRINKMANN, *Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Fundamentación de la punibilidad desde el punto de vista de las teorías de la pena. Límites constitucionales de derecho material y procesal penal*, 2018, introducción).

[854] Sobre mis críticas con relación al recurso del Derecho administrativo para enmascarar sanciones de carácter materialmente penal contra las empresas puede verse, RODRÍGUEZ ESTÉVEZ, *Imputación de responsabilidad penal para la empresa*, 2015, p. 87 y siguientes.

[855] Entre los fundamentos que se dan para sancionar penalmente a las empresas por los delitos cometidos por sus funcionarios, suele mencionarse que, en el ámbito del delito corporativo, las personas humanas pierden parte de su autonomía e identidad. Es decir, que actúan en un contexto que a veces les impone o los alienta a tener comportamientos diferentes de aquellos que tendrían si estuvieran solos (cfr. ROBLIGLIO, "Delitos cometidos en empresas: utilidad de los programas de cumplimiento para la determinación de los autores y partícipes individuales", en DURRIEU y SACCANI (Dir.), *Compliance, anticorrupción y responsabilidad penal empresaria*, 2018, p. 53).

[856] Cfr. SILVA SÁNCHEZ, "El debate sobre la prueba del modelo de *compliance*: Una breve contribución", 2020 (<https://indret.com/wp-content/uploads/2020/01/1515b-1.pdf>).

[857] Cfr. CASTALDO y NADDEO, *Il denaro sporco. Prevenzione e repressione nella lotta al riciclaggio*, 2010.

[858] Cfr. GONZÁLEZ GUERRA y VALERGA ARÁOZ (h), "Sujetos obligados a informar. Cuasi-funcionarios en la prevención del delito de lavado de dinero", *El Derecho Penal*, Revista Nº 12, 2011, p. 5.

[859] Las derivaciones del principio de culpabilidad en cuanto a la personalidad de la sanción cada vez son aplicables en mayor medida, también, al ámbito administrativo sancionador. Sobre el particular, es interesante traer a colación que este principio se aplica a casos de sanciones administrativas impuestas en

Centros de Alojamiento de Contraventores de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, donde el artículo 52 establece que no podrán aplicarse sanciones colectivas. Al respecto puede verse el Anexo I, Subsecretaría de Justicia, Gerencia Operativa de Política Penitenciaria, Ministerio de Justicia y Seguridad, Centro de Alojamiento de Contraventores, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

[860] Cfr. FERRAJOLI, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, 4ª ed., 2000, p. 490.

[861] CSJN, 24-X-2013, “Núñez, Maximiliano”, considerando 3º del voto en disidencia conjunto de los jueces LORENZETTI y MAQUEDA y considerando 4º del voto particular en disidencia del juez ZAFFARONI.

[862] Cfr. NIÑO, *Los límites de la responsabilidad penal. Una teoría del delito*, 1980, p. 50 y siguientes.

[863] Cfr. FERRAJOLI, *Derecho y razón*, p. 487.

[864] Cfr. SÁNCHEZ - OSTÍZ, *Imputación y teoría del delito. La doctrina Kantiana de la imputación y su recepción en el pensamiento jurídico-penal contemporáneo*, 2008, p. 444.

[865] Cfr. ARTAZA VARELA, *La empresa como sujeto de imputación de responsabilidad penal. Fundamentos y límites*, 2013, p. 373.

[866] El artículo 304 del CP establece que “(...) cuando los hechos delictivos previstos en el artículo precedente hubieren sido realizados en nombre, o con la intervención, o en beneficio de una persona de existencia ideal, se impondrán a la entidad las siguientes sanciones conjunta o alternativamente” (...).

[867] Cfr. WELZEL, *Derecho penal alemán*, 1993, p. 210.

[868] Cfr. SILVA SÁNCHEZ, CORCOY BIDASOLO Y BALDO LAVILLA (coord.), *Casos de la Jurisprudencia penal con comentarios doctrinales. Parte General adaptado al CP 1995*, 1996, p. 200, quienes han desarrollado la idea de posición de garante con fundamento en esta obligación de actuar como barrera de contención de riesgos.

[869] Entiendo por riesgo empresarial no sólo aquel que se deriva directamente de la propia actividad, sino también aquel que se desprende del comportamiento de quienes integran la empresa.

[870] Cfr. DE VICENTE MARTÍNEZ, “La responsabilidad penal de las personas jurídicas: consecuencias accesorias contra la empresa”, en *Derecho Penal contemporáneo*, 2002, p. 55, para quien en el sistema de medidas accesorias previstas en su momento por el artículo 129 del Código Penal español no parecía descartado afirmar que para la imposición de aquellas se debía poder atribuir el hecho cometido en el seno de la empresa a una persona física concreta.

[871] Cfr. SILVA SÁNCHEZ, “¿Qué significa la responsabilidad penal de las personas jurídicas?”, en *Normas y acciones en Derecho Penal*, 2003, p. 69.

[872] Sobre los alcances del Derecho anglosajón sobre el particular, puede verse en nuestro medio DEL SEL, “Societas delinquere, ¿potes o non potest? La responsabilidad criminal de la empresa a la luz de la visión anglosajona”, en YACOBUCCI (ed.), Mario H. LAPORTA y Nicolás RAMÍREZ (coord.), *Derecho Penal Empresario*, 2010, p. 89.

[873] A modo de ejemplo puede citarse el artículo 13, primer párrafo, del Régimen penal tributario instaurado por Ley 27.430 al establecer que “(...) cuando alguno de los hechos previstos en esta ley hubiere sido ejecutado en nombre, con la ayuda o en beneficio de una persona de existencia ideal, una mera asociación de hecho o un ente que a pesar de no tener calidad de sujeto de derecho las normas le atribuyan condición de obligado, la pena de prisión se aplicará a los directores, gerentes, síndicos, miembros del consejo de vigilancia, administradores, mandatarios, representantes o autorizados que hubiesen intervenido en el hecho punible inclusive cuando el acto que hubiera servido de fundamento a la representación sea ineficaz”.

[874] Para mayores detalles puede verse RODRÍGUEZ ESTÉVEZ, *Imputación penal para la empresa*, 2015, p. 109.

[875] Cfr. artículo 304, inciso 6°, segundo párrafo del Código penal.

[876] Cfr. ARTAZA VARELA, *La empresa como sujeto de imputación de responsabilidad penal. Fundamentos y límites*, p. 57.

[877] *Ibid*, 57.

[878] *Ibid*, 108.

[879] Cfr. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, “¿Qué significa la responsabilidad penal de las personas jurídicas?”, p. 75, para quien la discusión continental europea en torno a la denominada culpabilidad por defecto de organización y la responsabilidad por la actitud criminal de grupo, que se proponen como títulos de atribución de responsabilidad por el hecho propio de la persona jurídica, se corresponde con el cambio operado en el ámbito anglosajón.

[880] CSJN, 30-V-2006, “Fly Machine”; Fallos: 329-1974 (2006), L.L. 206-D-523.

[881] La dogmática tradicional argentina ha sido reacia a aceptar la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Al respecto puede verse SOLER, *Derecho Penal Argentino*, 1994, I, 330; también, NUÑEZ, *Derecho Penal argentino. Parte General*, 1959, 216.

[882] Un mayor desarrollo de la constitucionalidad de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en la Argentina puede verse en Juan María RODRÍGUEZ ESTÉVEZ, *Imputación penal para la empresa*, 72.

[883] Cfr. SILVA SÁNCHEZ, “¿Qué significa la responsabilidad penal de las personas jurídicas?”, p. 79.

[884] Cfr. BAIGÚN, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas (Ensayo de un nuevo modelo teórico)*, 2000, p. 250.

[885] Cfr. SILVA SÁNCHEZ, “El debate sobre la prueba del modelo de compliance: Una breve contribución”, 2020 (<https://indret.com/wp-content/uploads/2020/01/1515b-1.pdf>).

[886] *Ibid.*

[887] Cfr. ASTROLOGO, “Obbligatorietà o facoltatività dei modelli: le cause di esclusione della responsabilità”, en SGUBBI y FONDAROLI, *Strumenti di corporate governance e responsabilità degli enti ai sensi del d. lgs. N. 231/2001*, p. 2010, 32-33.

[888] *Ibid*, 32- 36.

[889] *Ibid*, 32-42.

[890] Me ocupé de un relevamiento de las distintas cláusulas de actuación en lugar de otro en el sistema penal empresarial argentino en RODRÍGUEZ ESTÉVEZ, *El Derecho penal en la actividad económica. Planteos del bien jurídico protegido y de la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 2000, p. 216.

[891] Con relación a la mayor incidencia o peso de un sistema de responsabilidad penal de la empresa por hecho propio o defecto de organización por sobre uno vicarial, se ha sostenido que entre las contradicciones que presenta la Ley argentina entre estos dos esquemas, el de exención de la responsabilidad termina por vencer al de la posibilidad de responsabilidad por hechos de otro, al punto que reformula todo el sistema vicarial hasta disolverlo por completo. A ello debe agregarse que el hecho debe haber sido culpable para la empresa y esto se da cuando no se organizó internamente de manera de procurarse su fidelidad al Derecho (cfr. ORCE y TROVATO, “El compliance como la fidelidad al Derecho de la empresa. Aciertos y problemas de la Ley de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas”, L.L. 6-III-2018, p. 1).

[892] El Diccionario de la Real Academia Española define el término tolerancia como “(...) permitir algo que no se tiene por lícito sin aprobarlo expresamente (...)”. Tolerar, en sentido jurídico penal, nos reconduce a un marco de comportamiento doloso y muy cercano a la estructura dogmática de la omisión, cuando no también, al de ignorancia deliberada.

[893] Cfr. YACOBUCCI, “La cuestión de la culpabilidad en la ciencia penal actual”, en Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Anticipo de Anales - Año LXIII, Segunda Época - Número 56, 2018, p. 3.

[894] Claus ROXIN, *Derecho Penal, Parte General*, 2ª edición, 1997, p. 823.

[895] Cfr. YACOBUCCI, *La cuestión de la culpabilidad en la ciencia penal actual*, 2018, p. 3.

[896] Cfr. MARTÍN, “Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el Derecho penal”, en KUHLEN, MONTIEL y ORTIZ DE URBINAGIMENO (eds), *Compliance y teoría del Derecho penal*, 2013, p. 21.

[897] Cfr. SILVA SÁNCHEZ, “Autonomía elemental como auto-normatividad (Reflexiones veraniegas intemporales)”, en *InDret Penal*, 2019 ([http://www.indret.com/pdf/editorial\\_indret\\_julio\\_2019.pdf](http://www.indret.com/pdf/editorial_indret_julio_2019.pdf)).

[898] Cfr. Circular de la Fiscalía General del Estado de España, 1/2016, 56, ([https://www.fiscal.es/fiscal/PA\\_WebApp\\_SGNTJ\\_NFIS/descarga/CIRCULAR%201-2016%20-%20PERSONAS%20JUR%C3%8DDICAS.pdf?idFile=cc42d8fd-09e1-4f5b-b38a-447f4f63a041](https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/CIRCULAR%201-2016%20-%20PERSONAS%20JUR%C3%8DDICAS.pdf?idFile=cc42d8fd-09e1-4f5b-b38a-447f4f63a041)).

[899] *Ibid.*

[900] Cfr. Sentencia del Pleno del Tribunal Supremo 154/2016, de 29-II-, Ponente José Manuel Maza Martín, ([http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/jurisprudencia/j\\_20160608\\_01.pdf](http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/jurisprudencia/j_20160608_01.pdf))

[901] Cfr. FEIJOO SÁNCHEZ, “Réplica a Javier Cigüela. A la vez algunas consideraciones sobre las últimas novedades en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas: Circular de la Fiscalía General de Estado 1/2016 y Sentencias del Tribunal Supremo 154/2016, de 29 de febrero y 221/2016, de 16 de marzo”, *InDret*, 2016, (<http://www.indret.com/pdf/1218.pdf>).

[902] Cfr. Circular de la Fiscalía General del Estado de España, 1/2016, 56, ([https://www.fiscal.es/fiscal/PA\\_WebApp\\_SGNTJ\\_NFIS/descarga/CIRCULAR%201-2016%20-%20PERSONAS%20JUR%C3%8DDICAS.pdf?idFile=cc42d8fd-09e1-4f5b-b38a-447f4f63a041](https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/CIRCULAR%201-2016%20-%20PERSONAS%20JUR%C3%8DDICAS.pdf?idFile=cc42d8fd-09e1-4f5b-b38a-447f4f63a041)).

[903] Cfr. Juan María RODRÍGUEZ ESTÉVEZ, *Imputación penal para la empresa*, 2015, p. 109.

[904] Cfr. FEIJOO SÁNCHEZ, “Réplica a Javier Cigüela. A la vez algunas consideraciones sobre las últimas novedades en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas: Circular de la Fiscalía General de Estado 1/2016 y Sentencias del Tribunal Supremo 154/2016, de 29 de febrero y 221/2016, de 16 de marzo”, 2016.

\* *Licenciado en Ciencias Jurídicas, Abogado, Dr. en Jurisprudencia, Diplomados en Grafología, Tránsito, Pericia, Documentología, Criminalística, Criminología, Experticia Forense e Inspección Ocular, Mediador Calificado, Esp. en Docencia Universitaria, Derecho Penal y Justicia Indígena, Postgrado en Derecho Penal Económico y Criminalidad Organizada, Magister en Derecho Penal y Criminología, Doctorando en Derecho Ph.D (D). Director de FORCIF, Centro de Investigación forense, estudios criminalísticos, criminológicos y de derecho penal, Cuenca-Ecuador.*

[905] PLATÓN, *La República*. Editorial Juventud, Clásicos.

[906] MARCUSE, Herbert. *Ensayos sobre política y cultura. Obras maestras del pensamiento contemporáneo*, Barcelona, España, Planeta-Agostini, 1986.

[907] PALOMAR de M. J. *Diccionario para juristas*. Política. 1981

[908] LEFTWICH, A. *Gente, recursos y poder*. Editorial Fondo de Cultura Económica, México, 1985.

[909] ARENDT, HANNA. *La condición humana*. En G. Ramón (Trad.). Barcelona: Paidós.

[910] RODRÍGUEZ, T. *La política y el bien común*. Instituto Martín de Azpilcueta Madrid, España, 2005

[911] CÍRCULO DE ECONOMÍA. *Opinión de actualidad Una nueva forma de entender y ejercer la política Exigencias y prioridades ciudadanas ante una nueva legislatura*, Barcelona España

[912] Como referencia se toma el Art. 1 de la Ley de Seguridad Pública y del Estado ecuatoriano.

[913] ARENDT, HANNA. *¿Qué es política?* Traducido por Rosa Sala Carbó. Ediciones Paidós. Barcelona. Título original: *¿Was ist Politik?* Aus dem Nachlaß R. Piper GMBH & Co KG, Munich, 1997.

[914] Considérese sin embargo que, la relación entre memoria y olvido es incuestionable, si lo vemos desde otro punto de vista. De ahí, que, como las teorías más representativas del occidente europeo acerca de la memoria y el olvido sean la del realismo ontológico y la del hiperrealismo metafísico.

[915] CARRIÓN, F. Ed. *La política en la violencia y lo político de la seguridad*, FLACSO, Quito, Ecuador, 2017.

[916] CARRILLO F., FERNANDO.

[917] ESCOBAR, S. et, al. *La seguridad ciudadana como política de Estado, Un marco conceptual para la acción de las fuerzas progresistas del Cono Sur*, Fundación Friedrich Ebert. 2005.

[918] PÉREZ DE A., C. *El concepto y el uso de la seguridad humana: análisis crítico de sus potencialidades y riesgos* Revista CIDOB D'AFERS INTERNACIONALS 76. Seguridad humana: conceptos, experiencias y propuestas.

[919] De hecho, la seguridad está relacionada con los derechos humanos vinculados a la vida, la integridad física, psíquica y moral de las personas y su patrimonio; y responde a la necesidad de estar libres de temor y amenazas. Así se consigna en Constituciones y leyes, como en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas, y, en el caso de América Latina, en la Declaración de la OEA.

[920] ONU, COMISIÓN SOBRE LA SEGURIDAD HUMANA. *Human Security Now Final Report*, Nueva York: CSH.



- [921] MORENO, M. Política criminal y seguridad pública.
- [922] Criminólogo especialista en prevención del delito e investigación criminológica por la Universidad Autónoma de Nuevo León. En su producción y como fuentes de análisis, están: "Introducción al estudio de la criminología" y "Criminología Psicoanalítica, Conductual y del Desarrollo".
- [923] SALAMEA, D. *Seguridad pública vs. Inseguridad ciudadana*. Quito, Editorial Jurídica del Ecuador, Quito, Ecuador, 2012.
- [924] KORSTANJE, M. E. *El miedo en C. Robin y M. Foucault*, Revista de Antropología Experimental, 10. Texto 6. 2010.
- [925] ENCÍCLICA SUMÍ PONTIFICA tus n. 31 Pío XII - 1939.
- [926] Que para Maritain, comprende (...) la integración sociológica de todo lo que supone conciencia cívica, de las virtudes políticas y del sentido del derecho y de la libertad, y de todo lo que hay de actividad, de prosperidad material y de tesoros espirituales, de sabiduría tradicional inconscientemente vivida, de rectitud moral, de justicia, de amistad, de felicidad, de virtud y de heroísmo, en la vida individual de los miembros de la comunidad, en cuanto que todo esto es comunicable, y se distribuye y es participado, en cierta medida, por cada uno de los individuos, ayudándoles así a perfeccionar su vida y su libertad de persona; es decir, todas estas cosas son las que constituyen la buena vida humana de la multitud.
- [927] LÓPEZ, T. A. *Política y Bien Común*, Secretariado Arquidiocesano de Pastoral Social SEAPAS del Arzobispado de Santa Cruz.
- [928] GALICIA, G., *La percepción ciudadana de la seguridad pública en dos zonas del Distrito Federal: Una experiencia de prevención del delito 2002-2004* Instituto de Ciencia Penales México.
- [929] MÉNDEZ, B., *Funciones de Gobierno y Seguridad Ciudadana*. Universidad Carlos III de Madrid, Departamento de Ciencia Política y Sociología Documentos de trabajo Política y Gestión. Madrid, España, 2009.
- [930] Como bien señalara en su momento el Ministerio de Coordinación de Desarrollo Social de Ecuador en el año 2009, en sus Programas Sociales denominados: Cerrando Brechas... Construyendo Equidad.
- [931] LAUB, C. *Políticas de seguridad y democracia*.
- [932] ONU *Política Social, Estrategias Nacionales de Desarrollo*. Guía de Orientación de Políticas Públicas Naciones Unidas, Departamento de Asuntos Económicos y Sociales, 2007
- [933] BUSTOS, J. *Política criminal y Estado Revista "a" 11 de Posgrado*. México UNAM-ENEP Acatlán, 2013.
- [934] En el caso ecuatoriano, todos estos insumos, sirvieron al régimen para que confeccione el Plan Nacional del Buen Vivir y la Agenda Sectorial de Desarrollo Social, con políticas que permitirían a la población una vida con

dignidad, independencia y posibilidad de realización y desarrollo, como base fundamental no solo para la construcción de ciudadanía y para la cohesión social, sino para el buen vivir individual y colectivo

[935] Así señala la constitución ecuatoriana

[936] CONGRESO LATINOAMERICANO Y CARIBEÑO DE CIENCIAS SOCIALES, 50 años de la FLACSO, Quito, Ecuador.

[937] EOLO DÍAZ-TENDERO E. *Nuevas formas de representación y proyectos político Droit et démocratie. Entre faits et normes*, Gallimard, París, 1997

[938] OEA (Organización de Estados Americanos) *Ficha técnica Seguridad ciudadana desde un enfoque de derechos e igualdad de género*.

[939] ARRIAGADA, I. *Cambios de las políticas sociales: políticas de género y familia Serie Políticas Sociales Nro. 119 CEPAL Chile, 2006*

[940] ESCOBAR, S. et, al. *La seguridad ciudadana como política de Estado*, PROSUR, 2004.

[941] ZEPEDA, G., *La seguridad debe buscar el rescate de espacios públicos*. Foro: Nuevos Enfoques de Seguridad Ciudadana.

[942] ESPÍN, J. *La Seguridad Ciudadana y los Procesos de Gobernabilidad y Convivencia Democrática en los Países de la Región Andina* 1ª. ed., San José, Costa Rica FLACSO, 2009.

[943] Término utilizado para denominar al enfrentamiento ideológico que tuvo lugar durante el siglo XX, desde el fin de la Segunda Guerra Mundial hasta la caída del Muro de Berlín y que tuvo como escenario los campos político, ideológico, tecnológico, informativo, entre otros, época en la que se utilizaron medios “sucios” para inteligencia y espionaje.

[944] ORTIZ, C. *La seguridad ciudadana como política de estado*. Artículo publicado en la Gaceta Ucayalina.

[945] Varios Ministerios de Coordinación de Seguridad, han optado por elaborar Planes Nacionales de Seguridad Integral y Agendas Sectoriales, compuestos de objetivos principales, políticas públicas y estrategias cuyos alcances doctrinarios tiene al Ser Humano como eje transversal, sin embargo, los cambios políticos destruyen todo lo programado.

[946] DIARIO LA HORA *Diálogo sobre la coyuntura: Causas y consecuencias del 30 de septiembre*. La Hora Nacional. [Disponible en: <http://www.lahora.com.ec>.] 2011

[947] CHAIB DE M., K. *De la seguridad estatal al enfoque humanista de la seguridad*. Defensoría Militar DEMIL Dirección de Investigación, Análisis y Prospectiva.

[948] MENDÍAZ, M. G. *El Estado y las políticas públicas. Las visiones desde el neoinstitucionalismo Ensayo realizado en el marco del Seminario de Doctorado:*

*Lecturas para un Sociología del Estado: desde el pensamiento clásico al contemporáneo.*

[949]

CARMONA, R. *Nuevas formas de gobierno y gestión pública en el escenario local: Elementos y perspectivas para el estímulo de procesos concertados de desarrollo.* Universidad Nacional de General Sarmiento (UNGS).

[950]

CARRILLO, F. *Seguridad ciudadana en América Latina: un bien público cada vez más escaso.*

[951]

MUNICIPALIDAD DE SANTA LUCÍA COTZUMALGUAPA, *Política Pública Municipal de Seguridad Ciudadana.* Magda Terra Editores, Escuintla, Guatemala, 2006.

[952]

ONU, *Teoría y práctica de la seguridad humana. Aplicación del concepto de seguridad humana y el Fondo Fiduciario de las Naciones Unidas para la Seguridad de los Seres Humanos.* Dependencia de Seguridad Humana Oficina de Coordinación de Asuntos Humanitarios.

\* *Catedrático de las Universidades Nacional de Córdoba, Nacional de Buenos Aires, Católica de Córdoba, Católica Argentina, etc. Jurado externo de tesis de la Universidad de Buenos Aires y Director de Posgrado de la Universidad de Belgrano. Ha integrado, en variadas oportunidades, el grupo de Asesores de las Comisiones de Reforma del Código Penal y del Régimen Penal Tributario. Autor de más de 20 Libros sobre la Especialidad.*

[953]

SEQUEIRA, Marcos y otros, *Estudios del Proceso Penal Tributario*, Ed. Errepar, 2da. Edición, Bs. As., 2012.

[954]

Ley 27.430. Régimen Penal Tributario y Previsional. Art. 19, segundo párrafo.

[955]

SEQUEIRA, Marcos A., *Régimen Penal Tributario Nacional*, Ed. La Ley, Bs. As., 2012, Tomo I. "Cuando la existencia del delito dependa de una cuestión prejudicial establecida por la ley, el ejercicio de la acción penal se suspenderá aún de oficio, hasta que en la otra jurisdicción recaiga sobre ella sentencia firme", cuestión prejudicial establecida en el art. 10 del Código Procesal Penal de la Nación Ley 23.984. El art. 28 del Código Procesal Penal Federal L. 27.063, reza: "Regla de no prejudicialidad. Los jueces deben resolver todas las cuestiones que se susciten en el proceso, salvo las prejudiciales. Si la existencia de un proceso penal dependiera de la resolución de otro, el ejercicio de la acción penal se suspenderá aun de oficio, hasta que en el otro proceso recaiga sentencia firme. No obstante, los jueces deberán apreciar si la cuestión prejudicial es seria, fundada y verosímil, y en el caso de ser invocada con el exclusivo propósito de dilatar el proceso, ordenarán que éste continúe". Agregando el art. 29: "Efectos. Adoptada la suspensión del proceso en los casos previstos en el artículo 28, se ordenará la libertad del imputado, previa fijación de domicilio, sin perjuicio de la imposición de otras medidas cautelares previstas en este Código".

[956]

Instrumentos Internacionales; Constitución Nacional; Constituciones Provinciales y de la CABA; Ley de Procedimientos Administrativos 19.549 y

Decreto 1.759/72; Ley 11.683 de Procedimientos Tributarios y Decreto N° 1397/79; Decreto 618/97 Organización, competencia, autoridades y facultades de la AFIP; Decreto 898/2.005 Estructura Organizativa de la AFIP; Leyes Antievasión (Ley 25.345 Limitaciones a las transacciones en dinero en efectivo; Ley 26.063 Plan Antievasión II. Parte previsional; etc.); Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, Código Procesal Penal de la Nación Ley 23.984, Código Procesal Penal Federal Ley 27.063, Régimen Penal Tributario Ley 27.430, Código Penal, Leyes de Impuestos Nacionales (IVA, Impuesto a las Ganancias, etc.), Código Civil y Comercial de la Nación, etc. A toda esta normativa se le suma una interminable cantidad de resoluciones, dictámenes, informes y demás preceptos dictados por la AFIP (DGI): Resolución General AFIP N° 4851/2020 (Acta de Inspección Digital); Resolución General AFIP N° 4997/2021 (“Validación de Deuda”, “Ajuste de Inspección”; etc.); etc. A nivel provincial gobiernan las siguientes normas: Instrumentos Internacionales; Constitución Nacional; Constituciones Provinciales y de la CABA; Leyes de Procedimientos Administrativos de cada provincia y de la CABA -con sus respectivos Decretos Reglamentarios-; Códigos Tributarios Provinciales y de la CABA; Códigos de Procedimiento Civil y Comercial Provinciales y de la CABA; Códigos Procesales Penales de cada Provincia y de la CABA; Régimen Penal Tributario Ley 27.430; etc. A toda esta normativa se le suma una interminable cantidad de resoluciones, dictámenes, informes y demás disposiciones análogas dictadas por las Direcciones Generales de Rentas provinciales y de la CABA; etc. Desafortunadamente, la lista no termina aquí, sino que, además, incluye los códigos en materia contencioso-administrativa que cada provincia posee y que, incomprensiblemente, nunca fue dictado a nivel nacional.

[957]

SEQUEIRA, Marcos A., *La inspección tributaria y el derecho del contribuyente a no declarar en contra de sí mismo*, Errepar, Buenos Aires, T. IX, Mayo de 2015. También nos referimos al tema en: “GARANTÍAS EN EL PROCESO PENAL DE LA PROVINCIA DE CÓRDOBA. LA INVIOLABILIDAD DE LA DEFENSA EN JUICIO”, Práctica Integral Córdoba, ERREPAR (PIC), Setiembre 2021, SEQUEIRA, Marcos A., Cita digital: EOLDC104483A. Ídem: “APLICACIÓN DEL ESTATUTO DE ROMA A LOS DELITOS DE EVASIÓN TRIBUTARIA”, Práctica Integral Córdoba ERREPAR (PIC), 2018, Sequeira, Marcos A., Cita digital: EOLDC097610A.

[958]

BUSATO, Paulo, *Derecho Penal y acción significativa*, Valencia, Editorial Tirant lo Blanch, 2007, p. 34.

[959]

CEREZO MIR, José, *Curso de Derecho Penal español. Parte general II. Teoría jurídica del delito*, pp. 106 y ss.

[960]

REYES ALVARADO, *Imputación Objetiva*, Ed. Temis. Bogotá 1996. Pág. 85.

[961]

RIGHI, E., *Derecho Penal. Parte General*, Ed. Lexis Nexis. Buenos Aires 2007, p. 181.

[962]

SEQUEIRA, Marcos A., *Imputación Objetiva y Culpabilidad*, Notas de Cátedra, A. 2012. Este juicio de imputación objetiva no es otra cosa que el “juicio normativo de la imputación objetiva”. La causalidad, en ese contexto, es el proceso por el cual se llega al reproche. Pero este es solo el punto de partida

ya que, entre el nexa causal, la conducta y el resultado penalmente reprochable, debe tomarse en cuenta la intención del autor, su grado de imputabilidad al momento de cometer el hecho, las eximentes de responsabilidad, etc. Todo este proceso bien puede ser determinado como la "imputación subjetiva" del resultado. El principal problema al que puede enfrentar el juez es a no tener conocimiento suficiente para saber si se cumple la relación causal en determinado caso, esto porque ciencias naturales ajenas al derecho pueden verse involucradas en el caso concreto. Empero, hay un punto de apoyo seguro para examinar el nexa causal; si se intenta suprimir mentalmente al supuesto que le dio origen a la suma de los acontecimientos y entonces se ve que a pesar de eso se produce el resultado, que a pesar de eso la serie sucesiva de las causas intermedias sigue siendo la misma, está claro que el hecho y su resultado no pueden reproducirse a la eficacia de esa persona. Si por el contrario se ve que, si se suprime mentalmente a esa persona del escenario del acontecimiento, el resultado no se podría producir en absoluto o que hubiera tenido que producirse por otra vía totalmente distinta: entonces está justificado con toda seguridad considerarlo como efecto de su actividad.

[963]

JAKOBS, Günter, *La Imputación objetiva en Derecho Penal*, Ad-Hoc, A. 1996, p. 25 y ss.

[964]

The Laundrymen: Inside the World's Third Largest Business. Ed. Pocket Books; Edición 1 Enero 1995.

[965]

BACIGALUPO, PALMA HERRERA y TROVATO, entre otros.

[966]

Cámara Federal de San Martín, Sala I, autos: "Legajo N° 14 - Querellante: UIF Imputado: CORVO DOLCET, Mateo y Otros S/Legajo de Apelación", Causa Nro. 45/2017/14/CA2, sentencia del 18/04/2018.

[967]

Coinciden con nosotros, aunque cada uno con versiones cuyo paralelismo es difícil encontrar: BLANCO CORDERO, ROBOLLO VARGAS, FALCONE Y SIMAZ, CREUS, BUOMPADRE, ABOSO, CESANO, FONTÁN BALESTRA, DURRIEU FIGUEROA, ZARAGOZA AGUADO, etc.

[968]

"Martínez, Juan Carlos y otros, s/Infr. Art. 303 del CP", Juzgado Nacional en lo Penal Económico N°8 a cargo del Dr. Gustavo Meirovich, 4/09/2017.

[969]

ZAFFARONI, Raúl, *Derecho Penal. Parte General*, Ediar, Bs., As., 2000, p. 747.

[970]

CREUS, CARLOS. "Derecho Penal. Parte General". 4° Edic. A. 1991, p. 391. Se refiere a los casos de "obediencia debida" en los juicios contra la Junta Militar.

[971]

DONNA, EDGARDO, "El concepto de autoría y la Teoría de los aparatos de poder de Roxin", Rubinzal Culzoni, A. 1998, p. 31 y ss.

[972]

SANCINETTI, M. y FERRANTE, M. ob. Cit., p. 314.

[973]

VIDAL, H. "Derecho Penal argentino", Parte General, 2° Edic., Advocatus, A. 1992, p. 412 y ss.

[974] Esta extensión de la autoría podría ser violatoria del principio de legalidad.

[975] Para no limitar la autoría mediata a casos donde no hay coacción ni error en el ejecutor, Roxin esboza un nuevo criterio: el de la fungibilidad del ejecutor. Según el criterio de fungibilidad o intercambiabilidad, la ejecución del acto queda asegurada por la posibilidad de sustitución del ejecutor.

[976] Obra "Nuevas formulaciones...", LASCANO, Carlos Julio (H), "Teoría de los aparatos organizados de poder y delitos empresariales", p. 349.

[977] Resolución dictada en el marco de la causa "Martínez, J. C. y otros", 4/09/2017, JNPE N° 8, a cargo del Dr. Gustavo Meirovich; por medio de la cual se dicta el procesamiento de los imputados en la resonante causa conocida como "la causa de las DJAI".

[978] ZAFFARONI, ALAGIA y SLOKAR; "Derecho Penal. Parte General", 2da. Edic. A. 2003, p. 590.

[979] GIL LAVEDRA, Ricardo y SGRO., Marcelo A., "El nuevo régimen de lavado de activos", en *Derecho Penal En debate*, dirigido por DÍAS, Horacio, LL, T. II, A. 2017, p. 1013 y 1.014.

[980] Nuestra justicia se ha pronunciado en la inteligencia que: "Si bien la comisión de hechos delictivos previos es un presupuesto básico, la regulación legal vigente lo trata como un delito autónomo, lo que implica que no se requiere la acreditación de los ilícitos que se presuponen. Al respecto, se ha dicho jurisprudencialmente: "La procedencia criminal de los bienes que son objeto de blanqueo no requiere sino la comprobación de una actividad delictiva previa de modo genérico que, según las circunstancias del caso, permita la exclusión de otros orígenes posibles, 'sin que sea necesaria ni la demostración plena de un acto delictivo específico ni de los concretos participes en el mismo... Obviamente, la constatación de algún vínculo o conexión con actividades delictivas..., o con otras actividades criminales graves, o con personas o grupos relacionados con las mismas, que como tendremos ocasión de comprobar es uno de los presupuestos básicos para la aplicación de este tipo penal, no será necesario que supere el plano indiciario, que la demostración plena de esos vínculos nos conduciría inevitablemente a la valoración de la conducta del presunto autor como una forma de participación del delito antecedente..." (cfr. CNCP, Sala I: "ORENTRAJCH, Pedro y otro, s/ recurso de casación", C. 6754, Reg. N° 8622)" ( ). También se ha resuelto "El lavado de dinero castiga la utilización o receptación de dinero proveniente de un delito, circunstancia que no se presenta si de las constancias acompañadas al pedido no indican que el imputado haya realizado operaciones con dinero procedente de alguna fuente ilícita, sino que intervino en la venta de mercaderías a un agente encubierto del ente recaudador que manifestó efectuar las compras con dinero proveniente del narcotráfico con el propósito de descubrir a potenciales "lavadores de dinero". ("Schlaen, M.", s/Extradición", 08/04/2008, Fallos: 331:505).

[981] GIL LAVEDRA y SGRO, obra citada, p. 1016.

[982] “Derecho Penal En Debate”, LL, T. II, p. 1035, FRANCISCO J. D´ALBORA, “Cuestiones Pendientes en la nueva ley de lavado de dinero”.

[983] RIQUERT, Marcelo, *Régimen Penal Tributario y Previsional*, Hammurabi, 2º edición, Bs. As., p. 399. Aunque en realidad este prestigioso tratadista no deja totalmente en claro cuál es su postura, ya que hace referencia a otros autores y no termina dando una opinión propia (así lo interpretamos nosotros).

[984] QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. “Comentario al art. 301” en *Comentarios a la Parte Especial del derecho penal*, 2da edición. Ed. Aranzadi, Pamplona, 1999, pág. 370.

[985] CÓRDOBA, Fernando J., *Delito de Lavado de dinero*, Ed. Hammurabi; Bs., As., 2017, p. 113.

[986] En estos fallos, se resolvió que considerando que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha establecido: "De cada delito nace la acción para obtener su represión, acción a la que la ley le fija una duración determinada con relación a la naturaleza de la pena y cuando ésta es corporal con relación al máximo de la pena fijada. Esta prescripción corre y la acción se extingue con relación a cada delito, sin que ninguna disposición legal autorice un término distinto cuando hay concurso de delito. La prescripción de la acción se funda en el olvido y en la falta de interés social en castigar un delito después de cierto tiempo; lo que explica que el tiempo de la prescripción se mida de acuerdo con la gravedad del delito" (Fallos 201:63; el resaltado es de la presente); y: "...la prescripción de la acción penal ...corre y se opera en relación a cada delito aun cuando exista concurso de ellos (Fallos 186:281; 201:63; 202:168; 212:324 y 305:990). De ahí se deriva que no se acumulen las penas a los efectos del cómputo del plazo pertinente y que éste sea independiente para cada hecho criminal, en tanto también lo sean ellos" (Fallos 322:717; el destacado es de la presente). Es doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que sus decisiones no obligan sino en el caso en que fueron dictadas y los tribunales inferiores pueden apartarse de la doctrina establecida aún para decidir en casos análogos sin que se produzca gravamen constitucional (Fallos 280:430; 301:198; 302:748; 307:207; 308:1575; 320:1891, entre otros). Sin embargo, aquel apartamiento no puede ser arbitrario o infundado, ya que los jueces inferiores tienen el deber moral e institucional de conformar sus decisiones a aquellas decisiones anteriores (Fallos 212:251), por lo que sólo debe tener lugar cuando se produzcan nuevos argumentos no considerados por la decisión del más Alto Tribunal (Fallos 307:1094; 311:1644; 323:2322). Una doctrina judicial semejante puede encontrarse en el fallo “Semillería Stamatti SRL”, de la Sala A de la Cámara Federal de Rosario, en sentencia del 20/5/2009.

[987] “Tratado del Régimen Penal Tributario”, BERTAZZA y MARCONI, LL, T. I., A. 2010, p. 563 y ss. Hay que aclarar que, al momento en que el Dr. Díaz escribió esas líneas, todavía no había sido introducida la figura de los arts. 303 y ss. del CP. Por ende, su estudio se basa en la ley 25.246 -arts. 277 y ss. CP.

[988] Ob. y autor cit., p. 1038.

[989] SANCINETTI, M. “¿Por qué razón y en qué medida la defraudación tributaria puede ser “hecho previo” del delito de lavado de dinero?, en elDial.com, *Suplemento de Derecho Penal*, del 14 de julio de 2.008.

[990] Para el Dr. Cornejo Costas, el delito tributario no puede ser delito previo básicamente por dos razones. La primera, porque el bien jurídico del art. 303 tiene como bien jurídico no cualquier clase de delitos, sino solo aquellos realizados por asociaciones delictivas de carácter transnacional. En segundo término, porque el tipo penal exige que los bienes que se incorporan al patrimonio provengan de una actividad ilícita, no pudiéndose considerar como tal a la evasión. Citado por Marcelo Riquert, obra mencionada, p. 416.

[991] CORNEJO COSTAS, Ley 26683 de lavado de dinero y los delitos tipificados en la ley 24.769. “El Cronista Comercial”, del 10/07/2012.

[992] “Derecho Penal En Debate”, LL, T. II, p. 1062, “El delito tributario y el lavado de activos”

[993] PAMPLIEGA, “¿La evasión puede ser delito precedente...? En AAVV, VIIN Jornadas de Derecho Penal Tributario, 2012, p. 290.

[994] Wachter es uno de los primeros que, en 1825, distinguió entre formas de autoría y formas de participación, en el sentido de que autor es quien tiene la última decisión de realizar o no el hecho principal. Mientras que partícipes son los que apoyan el delito de otro. Binding (1869) sostuvo que la pena del cómplice se debe determinar según la ley aplicable al autor que quisiera auxiliar. Hegler (1915) planteo por primera vez el concepto dominio del hecho con un sentido más referido hacia la culpabilidad del autor del hecho criminal, que es diferente a lo que ahora se conoce como dominio del hecho. Frank (1907), Hegler y Goldschmidt (1940), consideraron que está referida al sujeto del delito, pero entendida solo en cuanto a los elementos materiales de la culpabilidad (de su época), es decir, a la imputabilidad, al dolo o a la imprudencia y a las causas de exculpación. Años más tarde Alexander Graf Zu Dohna (1944) dice que no importa tanto el acuerdo en cada caso con el contenido jurídico, como la no impugnación del dominio del hecho. .Bruns utiliza la denominación para referirse al criterio de distinción entre dolo e imprudencia consiente. Lobe, por su parte, utilizó por primera vez el dominio del hecho para criticar las teorías subjetivas, que tiene como característica común que están basadas en la teoría de la equivalencia de las condiciones, ofreciendo argumentos válidos para distinguir entre autores y partícipes

[995] ROXIN, Claus, *Derecho Penal*, Ed. Civitas, T. I, A. 2006, p. 26; Schünemann, 2006, p. 287; Pariona, 2011, p. 69; Caro, 2010, p. 64, 2015, p. 24; Abanto Vásquez, 2014, p. 386; Suárez Gonzales, 2001, p. 152.

[996] ROXIN, 1997, p. 338; 1998, pp. 383- 385.

[997] JAVIER SÁNCHEZ, VERA GÓMEZ y TRELLES, “El funcionalismo en Derecho Penal”, libro Homenaje al Prof. Gunther Jakobs, Ed. Univ. De Colombia, A. 2003, p. 275. Aclaramos que no siempre la institución positiva es estatal.



[998] Se equivocan, de acuerdo con nuestra opinión, quienes indican que los deberes surgen siempre y solamente de una ley penal. Contrariamente, lo común es que esos deberes estén previstos en legislación no penal. Por ejemplo, el delito de evasión tributaria simple (Art. 1, L. 27430), hace referencia al “obligado”. Para conocer quién es el obligado y cuáles son esos deberes positivos, hay que recurrir a normas no penales: En este caso, a los Códigos Tributarios provinciales o a la Ley 11.683 de Procedimientos Tributarios.

[999] Por ejemplo, en nuestro Código Penal hay una diversidad de delitos que solo pueden ser cometidos por un sujeto que reúna ciertas condiciones especiales, tales como: Art. 84: Será reprimido con prisión de uno (1) a cinco (5) años e inhabilitación especial, en su caso, por cinco (5) a diez (10) años el que, por imprudencia, negligencia, impericia en su arte o profesión o inobservancia de los reglamentos o de los deberes a su cargo causare a otro la muerte”. El homicidio, en este caso, solo podrá serle atribuido a quien desempeñe cierto “arte o profesión” y que como consecuencia de ello esté obligado a observar determinados reglamentos o deberes a su cargo. Podrá ser un médico, un enfermero, etc. Pero nunca podrá ser autor un ciudadano común. “Art. 136- El oficial público que a sabiendas autorizare un matrimonio de los comprendidos en los artículos anteriores, sufrirá, en su caso, la pena que en ellos se determina...”. El autor solo puede ser un “oficial público”; etc.

[1000] “Sobre la identidad de imputación a la acción y la omisión”, JOSÉ ANTONIO CARO JOHN. De sus disertaciones.

[1001] No hay inconveniente en hablar aquí, por motivos meramente didácticos, de autoría mediata; es decir, de autoría mediata también para los delitos de infracción de deber. Solo para fines didácticos, toda vez que si un obligado especial (intraneus) utiliza a un tercero, extraneus, para cometer la infracción de deber, responderá como autor igual que si hubiese omitido impedir el hecho. En otros términos, el obligado especial es siempre autor directo con independencia de la responsabilidad del hombre de adelante (cfr. SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, 2003, p. 284).

[1002] PARIONA ARANA, 2011, p. 71

[1003] SÁNCHEZ-VERA- TRELLES, 2003, p. 282

[1004] Jornadas sobre “Alcances de las Investigaciones Tributarias como ilícito precedente en el marco de la imputación objetiva”. Primera reunión. Día 7 de marzo de 2022. Expositores: DRES. VIDAL ALBARRACIN, MIGUEL ABEL SOUTO Y JOSÉ LUIS GONZÁLES CUSSAC.

[1005] Arts. 298 y ss. del Código Penal de España.

[1006] Es de hacer notar que esta teoría de la infracción del deber sustentada por Roxin es dominante en la jurisprudencia penal española. Allí se ha establecido que los extraneus solo pueden ser partícipes, como cooperadores necesarios, cómplices o inductores (Feijoo Sánchez, 2013, p. 29). Sin embargo, desde nuestro punto de vista, se trata de una teoría que vino para imponerse.

Es solo cuestión de tiempo, aunque también se le suma un problema generacional. Hay, al menos en Córdoba -Argentina-, una cantidad considerable de profesores de Derecho Penal que tenemos cierta edad, donde se nos hace todo, incluyendo el conocimiento, un poco más complicado. Sobre todo, porque hemos crecido enraizados en la dogmática jurídico penal clásica. Por ende, significa todo un desafío este cambio de paradigmas tan profundo -y complicado, a veces-, como efectivo. Justamente, esa efectividad, ante la evidencia del fracaso de las escuelas clásicas, nos ha de conducir a adoptar estas líneas de pensamiento más adecuadas a la realidad.

[1007]

“Sobre la identidad de imputación a la acción y la omisión”, José Antonio Caro John.

[1008]

SEQUEIRA, Marcos A., *El delito tributario como delito de infracción de deber*, Doctrina Tributaria ERREPAR (DTE), TOMO/BOLETÍN: XLIII, 03/2022.

[1009]

La doctrina distingue entre la institución positiva y la negativa. La negativa es “no dañar a nadie”. Para Kant, se trata de no inmiscuirse en las esferas de libertad ajenas. Según Hegel, puede definirse como “respeto a los demás como personas”. Schopenhauer indica “el deber jurídico ante los demás es: no dañar. El quebrantamiento de esta institución negativa da lugar a los llamados delitos de organización o de dominio del hecho. En palabras de Jakobs, el autor de estos delitos extiende su ámbito de organización de forma no permitida, a costa de ámbitos de organización ajenos; o, expresado en palabras de los autores citados, el auto “daña”, “no respeta la esfera de libertad ajena” o “a los demás como personas”. Dicho en forma resumida, el autor se organiza defectuosamente. Pero también Hegel, Pufendorf o Schopenhauer reconocieron que, a la par de las instituciones negativas, se encuentran las instituciones positivas: se trata de deberes positivos, que no se agotan con la prohibición de no dañar, sino que además imponen otros deberes o responsabilidades. Por ejemplo, quien tiene un hijo tiene el deber de sustentarlo hasta que él sea capaz de sustentarse por sí mismo. Este sería el caso de un deber familiar. Hay asimismo deberes estatales: un socio gerente debe cumplir con el deber de administrar como un buen hombre de negocios; etc. Así como los delitos de organización devienen del quebranto de la institución negativa consistente en “no dañar”, la violación de las instituciones positivas da lugar a los “delitos de infracción de deber”.

[1010]

Partiendo de los delitos especiales de garante, nos preguntaremos en su momento si el delito de lavado de activos podía ser considerado -en Argentina- como un delito especial de garante. Para ello recurriremos a las enseñanzas del profesor Bernd Schünemann, quien, como se podrá observar, ha planteado una vertiente parecida a la de los delitos de infracción de deber y que, en los resultados prácticos, pensamos, coincide en lo central con los planteamientos de Roxin (2016, p. 313). No obstante, para diferenciarse de Roxin, el profesor mencionado se resiste a utilizar la denominación de “delitos de infracción del deber”, y en cambio, prefiere la de “delitos especiales de garantes”. Puede leerse su obra: SCHÜNEMANN, BERND, “Derecho Penal Económico, Rubinzal Culzoni, A. 2006, p. 293. En estos delitos la posición del autor consiste en una posición de garante penal. Según las reglas generales, todo aquel que asume de modo fáctico la relación de dominio se coloca en posición de garante. Así,

por ejemplo, sostiene no se trata de quién es el dueño de un perro peligroso, sino de quién saca a pasear al perro y no interviene cuando este se lanza contra un transeúnte. Según el citado profesor, con el ejemplo se puede demostrar el parentesco entre los delitos improprios de omisión con los delitos comunes, por un lado, y con los delitos especiales por el otro. Cuando el perro muerde a un transeúnte, quien ha recibido por parte del dueño la tarea de vigilar al animal y no lo detiene cuando ataca, comete lesiones corporales por omisión. Este es un delito especial del dueño del perro, pero es evidente que lo decisivo en este delito no es el deber de derecho público, sino el ejercicio del dominio efectivo sobre el perro al sacarlo a pasear. Quien, por tanto, a pedido del dueño saca a pasear al perro que muerde y no le pone bozal, tiene el dominio sobre el perro a raíz de que ha asumido su vigilancia. Así, es autor idóneo, sigue afirmando el profesor recordado lo que es asegurado en el sistema penal mediante las reglas de la responsabilidad por el actuar en lugar de otro. Por eso, el criterio de autor en los delitos especiales no debe ser buscado en la infracción de un deber, según esta teoría, sino en una relación de dominio sobre el suceso, tipológicamente comparable con el de dominio del hecho en los delitos de comisión. De ahí que, para él, el criterio del dominio sobre el fundamento del resultado logra los fines también en su aplicación a los delitos especiales. Esta categoría, expresa, se subdivide en el dominio sobre la situación de desamparo del bien jurídico y el dominio sobre una causa esencial del resultado. El mismo estado de cosas se encuentra también en la mayoría de los delitos especiales que tipifican una relación de dominio como presupuesto de la autoría y, por tanto, pueden denominarse delitos especiales de garantía. Aquí hallamos, por un lado, el dominio sobre la situación de desamparo del bien jurídico, y por otro lado también hallamos el dominio sobre una fuente de peligro como causa esencial del resultado. De este modo, queda abierta la vía para una sistemática del concepto de autor de los delitos dolosos basada en un principio unitario, que está caracterizada en los delitos de comisión por el dominio del hecho, en los delitos improprios de omisión y los delitos especiales de garantía por un dominio preestablecido sobre el suceso en el sentido del control sobre un ámbito social. Ambos son formas de manifestación del dominio sobre el fundamento del resultado como la estructura general de la autoría. Si bien podemos coincidir con su autor en que es plausible su razonamiento cuando se trata de conductas por omisión, como el propuesto ejemplo del perro peligroso, cuando estamos frente a conductas de comisión aquel razonamiento pierde toda utilidad pues, por ejemplo, el funcionario público que sustrae los fondos estatales acuerda con los interesados para defraudar al Estado, o da o dispone para un destino diferente los caudales que administra, difícilmente podrá interpretarse que actuó con falta de vigilancia de una fuente de peligro que él dominaba, o como dominio sobre el desamparo de un objeto del bien jurídico. Se trata más bien de conductas de comisión en las cuales la autoría está limitada a personas vinculadas con deberes en su condición de sujetos públicos y no necesariamente al dominio sobre el suceso como para equipararlo al dominio del hecho de los delitos de comisión. En este tipo de delitos no es suficiente el dominio sobre el suceso, sino que, aparte de tener aquel dominio, se exige la vulneración o afectación de algún deber especial de carácter penal. En efecto, por la estructura misma de los delitos especiales, en los casos donde determinada persona no cumpla por completo con los requisitos de control de una fuente de peligro o de una relación de protección, responderá como autor

de la conducta solo si se verifica que con su actuar lesionó un deber especial penal que surge precisamente del dominio del control. Esa es la razón por la que Roxin interpreta que el dominio sobre la causa del resultado no es por sí mismo el elemento que fundamenta la autoría, sino solo un presupuesto de la realización típica que, por su parte, consiste en una lesión de los deberes que resultan del dominio del control.

[1011]

FEIJOO SÁNCHEZ y MARTÍNEZ -BUJAN PÉREZ, citados por RIQUERT, Marcelo, en "Ley Penal Tributaria y Previsional", Hammurabi, 2da Edic., p. 119.

\* - *Abogado asociado senior del área Penal & Compliance de Philippi Prietocarrizosa Ferrero DU & Uría. Máster en Cumplimiento Normativo en Materia Penal por la Universidad de Castilla - La Mancha. Postgrado en Compliance por las Universidades Carlos III de Madrid y Pompeu i Fabra. Especialista en Derecho penal económico y teoría del delito por la Universidad Castilla - La Mancha. Especialista en blanqueo de dinero, fraude fiscal y responsabilidad criminal de las personas jurídicas por la Universidad Santiago de Compostela. Investigador invitado del Departamento de Derecho Penal de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Castilla - La Mancha. Miembro de la Asociación Iberoamericana de Derecho Penal Económico y de la Empresa*

[1012]

Durante este periodo no hubo disposición legal expresa que reconozca la responsabilidad penal de las personas jurídicas, aunque sí tuvimos determinadas disposiciones que regulaban las consecuencias accesorias aplicables a las personas jurídicas, tanto en el Código penal como en la Ley Penal Tributaria y la Ley de los delitos aduaneros. Esto motivó que las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia emitan el Acuerdo Plenario N° 7-2009-CJ/116, en cuyo fundamento jurídico 11 calificaron a las consecuencias accesorias como sanciones penales especiales. En virtud de ello, algunos pronunciamientos en la doctrina nacional postulaban que, en nuestro país y desde el Código de 1991, ya existía la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Por todos, en el ámbito nacional, *Vid.* A. Sota Sánchez, "Reflexiones en torno a la naturaleza jurídica de las consecuencias accesorias aplicables a las personas jurídicas", en *Gaceta Penal & Procesal Penal*, 2012, T. 34, pp. 51-72 (en p. 68). En la doctrina española, por todos *Vid.* J.M. Zugaldía Espinar, "La admisión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas: Un pilar básico del moderno Derecho Penal económico", en *Estudios de Derecho Penal Económico*, (S. Mir Puig, coord.), Caracas: Livrosca, Madrid, 2002, pp. 452 - 453.

[1013]

Inicialmente se denominaba Ley que regula la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas por el delito de cohecho activo transnacional, pero su denominación fue modificada con la Ley N° 30835, publicada en el diario oficial El Peruano el 2 de agosto de 2018.

[1014]

Esta afirmación fue sostenida el 15 de julio de 2016 por el entonces presidente de la Comisión de Alto Nivel Anticorrupción, el Fiscal Supremo Pablo Sánchez Velarde, quien además sustentó la presentación del Estado Peruano ante los miembros de la OCDE que conforman el Grupo Antisoborno, para que el Perú sea considerado miembro pleno. Disponible en:

<https://elcomercio.pe/opinion/colaboradores/can-grupo-antisoborno-ocde-p-sanchez-velarde-236601-noticia/> (consultado el día 30 de octubre de 2020).

[1015]

Por mencionar algunos, tenemos el Auto que declaró inadmisibile la incorporación de las personas jurídicas Constructora OAS Ltda. Sucursal del Perú y otras de fecha 5 de abril de 2018, emitida en el Exp. Nro. 00022-2017-30, por el 2° Juzgado de Investigación Preparatoria Nacional; el Auto de Apelación de Incorporación de las Personas Jurídicas ICCGSA, Graña y Montero S.A.A., JJC Contratistas Generales, de fecha 22 de junio de 2018, emitido por la Primera Sala Penal de Apelaciones en el Exp. 16-2009-79; y, el Auto de Apelación de Incorporación de la Persona Jurídica Constructora Aterpa S.A., de fecha 21 de junio de 2018, emitido por el Colegiado A de la Sala Penal de Apelaciones especializada en delitos de Corrupción de Funcionarios, en el 00189-2016-13.

[1016]

Debe recordarse que en el Derecho penal español la responsabilidad penal de las personas jurídicas se introdujo con la Ley Orgánica 5/2010 y, posteriormente, se modificó con la Ley Orgánica 1/2015.

[1017]

Por todos, *Vid.* G. De Vero, “La responsabilità penale delle persone giuridiche”, en *Trattato di diritto penale. Parte generale* (Grosso/Padovani/Pagliaro, dir.), Giuffrè Editore, Milano, 2008, pp. 3-30 y 305-336. Así también, *Vid.* L. Foffani, “La nueva responsabilidad (¿penal?) de las personas jurídicas en Italia” en *Dogmática penal de Derecho penal económico y Política criminal*. Libro homenaje a Klaus Tiedemann. (Urquiza/ Abanto/ Salazar, coordinadores), Fondo Editorial de la Universidad de San Martín de Porres, Lima, 2011, pp. 115-124

[1018]

Gómez, C. - Jara Diez, *Compliance y Responsabilidad Penal de las personas jurídicas en el Perú*, 1ra. Ed., Instituto Pacífico, Lima, 2018, pp. 23-24.

[1019]

Balmaceda Quirós, J. “Las personas jurídicas y su responsabilidad “administrativa” autónoma para los delitos de corrupción y lavado de activos visto desde el Decreto Legislativo N.° 1352”, en *Actualidad Penal*, 2017, N° 33, pp. 15 - 36 (en p. 25).

[1020]

Sobre ello, *Vid.* Reyna Alfaro, L., “Implementación de los *Compliance Programs* y sus efectos de exclusión o atenuación de responsabilidad penal de los sujetos obligados”, en *Compliance y Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas*, (I. Coca Vila y A. Uribe Manríquez, coord.), 1ra. Ed., Ideas Solución Editorial, Lima, 2018, p. 211.

[1021]

Por todos, *Vid.* C. Caro Coria, “La responsabilidad de las personas jurídicas en el Perú y los Criminal Compliance Programs como atenuantes y eximentes de la responsabilidad de la persona jurídica”, en *Gaceta Penal & Procesal Penal*, 2019, T. 123, pp. 117 - 158 (en p. 136). *Cfr.* J. Carrión Díaz, “¿Responsabilidad penal o administrativa de la persona jurídica? Algunos alcances a partir del Decreto Legislativo N° 30424, en *Ius Inkarri, Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, N° 7, 2018, pp. 213 - 227 (en p. 218).

[1022]

Esta posición es sostenida en Caro Coria, C., “La responsabilidad de las personas jurídicas en el Perú y los Criminal Compliance Programs como atenuantes y eximentes de la responsabilidad de la persona jurídica”, en *Gaceta Penal & Procesal Penal*, 2019, T. 123, pp. 117 - 158 (en p. 136), quien señala que el fraude de etiquetas se hace evidente por cuanto esta ley –a pesar de su *nomen iuris*– no establece medidas de Derecho Administrativo sancionador, sino que, por el contrario, establece medidas de carácter penal.

[1023]

En este orden de ideas, conviene precisar que en la doctrina penal se sostiene que el fundamento que en política criminal se ha esbozado para sancionar penalmente a las personas jurídicas radica en la necesidad del legislador penal de castigar los delitos socioeconómicos, financieros, ambientales, fiscales, entre otros delitos pensados a ser cometidos en seno de una persona jurídica; en la urgencia de buscar nuevas vías de lucha contra la criminalidad organizada; por cuestiones de legalidad, sobre todo a causa de los problemas planteados en los delitos especiales cometidos en el seno de una persona jurídica. Sobre ello, *Vid.* J. Gonzáles Cussac, “El modelo español de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas”, en *Anuario de Derecho Penal Económico y de la Empresa*, N° 3, Centro de Estudios de Derecho Penal Económico y de la Empresa - CEDPE, Lima 2015, p. 98. En el mismo orden de ideas, *Vid.* G. Heine, “La responsabilidad penal de las Empresas: Evolución internacional y Consecuencias nacionales”, en *Anuario de Derecho Penal '96. Responsabilidad penal de las Personas Jurídicas*, Editorial Grijley, Lima 1996, p. 22, quien sostiene que el fundamento político criminal para sancionar penalmente a las personas jurídicas se encuentra en las dificultades de investigación del delito, debido a que en las personas jurídicas, sobre todo en aquellas de significativas dimensiones estructurales, es usual que con motivo de la descentralización y diferenciación funcional de competencias, se dispersen las actividades operativas, la posesión de información y el poder de decisión, con lo cual, y de conforme a nuestro Derecho penal tradicional, resultará jurídicamente imposible sostener una imputación concreta contra una persona individual.

[1024]

ORTIZ DE URBINA GIMENO, I. / CIGÜELA SOLA, J. “La responsabilidad penal de las personas jurídicas: fundamentos y sistema de atribución”, en *Lecciones de Derecho Penal Económico y de la Empresa, Parte General y Especial* (J. Silva Sánchez, dir.), Atalier, Barcelona, 2020, pp. 73 - 95 (en p. 77).

[1025]

A favor del sistema vicarial, *Vid.* J. Zugaldía Espinar, “La admisión de la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas: Un pilar básico del moderno Derecho penal económico”, en *Nuevas Tendencias del Derecho Penal Económico y de la Empresa*, ARA Editores Lima, 2005, p. 456.

[1026]

Al respecto, *Vid.* J. Silva Sánchez, “La responsabilidad penal de las Personas Jurídicas en el Derecho español”, *Fundamentos de Derecho Penal de la Empresa*, Editorial B de F, Buenos Aires, 2013, pp. 254 y ss.

[1027]

NIETO MARTÍN, A., “Cumplimiento normativo, criminología y responsabilidad penal de las Personas Jurídicas”, en *Manual de Cumplimiento Penal en la Empresa* (A. Nieto Martín, dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 69.

[1028]

En este sentido, *Vid.* NIETO MARTÍN, A., “Cumplimiento normativo, criminología y responsabilidad penal de las Personas Jurídicas”, en *Manual de Cumplimiento Penal en la Empresa* (A. Nieto Martín, dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 69 y ss.

[1029]

LAUFER, W., “La culpabilidad empresarial y los límites del Derecho”.-141. Para este autor, las Heine, Günter/ Lampe, Ernst Joachim/ Laufer, William S./ Gómez-Jara Diez, Carlos/ Strudler, Alan. *Modelos de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Propuestas globales contemporáneas*. Ara Editores, Lima, 2012, pp. 140, sostiene que las razones por las cuales el Derecho penal de los Estados Unidos de América prefiere la responsabilidad vicarial, son dos. En primer lugar, razones de conveniencia judicial y utilidad; en segundo lugar, las presunciones de que se logra un compromiso justo a la hora de ubicar el riesgo y las pérdidas económicas, así como la presunción de que la teoría del respondeat superior induce a las organizaciones para que hagan efectiva la responsabilidad individual, pp. 141-142.

[1030]

SUN BEALE, S., “Una respuesta a las críticas a la responsabilidad penal corporativa”, en *Compliance y Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas*, (I. Coca Vila y A. Uribe Manríquez, coord.), 1ra. Ed., Ideas Solución Editorial, Lima, 2018, pp. 97-143 (en p. 102).

[1031]

FEIJOO SANCHEZ, Bernardo. *El delito corporativo en el Código penal español. Cumplimiento normativo y fundamento de la responsabilidad penal de las empresas*. Editorial Aranzadi, Navarra, 2015, p. 50

[1032]

LAUFER, William S. “La culpabilidad empresarial y los límites del Derecho”.-141. Para este autor, las Heine, Günter/ Lampe, Ernst Joachim/ Laufer, William S./ Gómez-Jara Diez, Carlos/ Strudler, Alan. *Modelos de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Propuestas globales contemporáneas*. Ara Editores, Lima, 2012, p. 141. Este autor señala que la culpabilidad empresarial proactiva [CEP] postula que la culpabilidad se determina en función de la razonabilidad de las medidas adoptadas para prevenir el delito; la culpabilidad empresarial reactiva [CER] postula que la culpabilidad se determina en función de la razonabilidad de los pasos tomados como reacción a descubrimiento del delito; la culpabilidad por la ética empresarial [CEE], postula que la culpabilidad se deriva del *ethos* corporativo, la cultura empresarial o la identidad corporativa; y, la culpabilidad por la política empresarial [CPE], postula que la intencionalidad corporativa se basa en las decisiones y las oportunidades que son comunicadas a través de la política empresarial. [pp. 144-148].

[1033]

LAUFER, William S. “La culpabilidad empresarial y los límites del Derecho”, *Modelos de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Propuestas globales contemporáneas* (C. Gómez-Jara Diez, editor), Ara Editores, Lima, 2012, p. 141.

[1034]

TIEDEMANN, K., *Derecho penal económico*, Grijley, Lima, 2009, p. 234.

[1035]

Al respecto, *Vid.* SILVA SANCHEZ, J., “La responsabilidad penal de las Personas Jurídicas en el Derecho español”, en *Fundamentos de Derecho Penal*

*de la Empresa*, Editorial B de F, Buenos Aires, 2013, pp. 254 y ss.

[1036]

BACIGALUPO SAGASSE, S., *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Hammurabi, Buenos Aires, 2001, p. 378.

[1037]

Sobre ello, *Vid.* TIEDEMANN, K., *Derecho penal económico*, Grijley, Lima, 2009, pp. 237 - 239.

[1038]

BACIGALUPO SAGASSE, S., *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Hammurabi, Buenos Aires, 2001, pp. 171 - 172.

[1039]

En el mismo sentido, *Vid.* GARCÍA CAVERO, P., “*Compliance* y teoría del delito: la incidencia de los sistemas de cumplimiento normativo en la imputación penal a la empresa”, en *Compliance y Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas*, (I. Coca Vila y A. Uribe Manríquez, coord.), 1ra. Ed., Ideas Solución Editorial, Lima, 2018, pp. 173 - 205 (en p. 183).

[1040]

FEIJOO SANCHEZ, “Fortalezas, debilidades y perspectivas de la responsabilidad penal de las sociedades mercantiles” en *La responsabilidad penal de las personas jurídicas* (M. Ontiveros Alonso, coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 135-176 (en p. 172).

[1041]

HEINE, G., “Modelos de responsabilidad jurídico -(penal) originaria de la empresa, en *Modelos de responsabilidad penal de las personas jurídicas, Propuestas globales contemporáneas* (C. Gómez - Jara Diez, editor), Ara Editores, Lima, 2012, pp. 23 - 61 (en pp. 43 - 44).

[1042]

LAMPE, E-J., *La dogmática jurídico-penal entre la ontología social y el funcionalismo*, Grijley, Lima, 2003, p. 103.

[1043]

LAMPE, E-J., *La dogmática jurídico-penal entre la ontología social y el funcionalismo*, Grijley, Lima, 2003, p. 112.

[1044]

LAMPE, E-J., *La dogmática jurídico-penal entre la ontología social y el funcionalismo*, Grijley, Lima, 2003, p. 131.

[1045]

GÓMEZ-JARA DIEZ, C., *La Culpabilidad penal de la Empresa*, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 2005, p. 69.

[1046]

GÓMEZ-JARA DIEZ, C., *El Tribunal Supremo ante la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas. El inicio de una larga andadura*, Aranzadi, Navarra, 2017, p. 56

[1047]

Comentarios a dicha jurisprudencia, en: C. Gómez-Jara Díez, *El Tribunal Supremo ante la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas. El inicio de una larga andadura*, Aranzadi, Navarra, pp. 49-96.

[1048]

En la doctrina se han formulado diversas críticas en torno a la atribución de responsabilidad “penal” a las personas jurídicas. Por todos, *Vid.* L. Gracia Martín, “Críticas de las modernas construcciones de una mal llamada responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, ISSN 1695-0194, N°18, 2016, pp. 1-95.



[1049]

No entraremos a la discusión existente en dichos países respecto a si la responsabilidad que se imputa a las personas jurídicas es “administrativa” o si estamos frente a un fraude de etiquetas en donde lo que se imputa es una auténtica responsabilidad “penal”.

[1050]

Por todos, *Vid.* DE VERO, G., “La responsabilità penale delle persone giuridiche”, *Trattato di diritto penale. Parte generale* (Grosso/Padovani/Pagliaro, directores). Giuffré Editore, Milano, 2008, pp. 3-30 y 305-336. Así, también, *Vid.* L. Foffani, “La nueva responsabilidad (¿penal?) de las personas jurídicas en Italia”, en *Dogmática penal de Derecho penal económico y Política criminal*. Libro homenaje a Klaus Tiedemann. (Urquizo/ Abanto/ Salazar, coordinadores), Fondo Editorial de la Universidad de San Martín de Porres, Lima, 2011, pp. 115-124.

[1051]

El texto del artículo 5° del Decreto Legislativo Nro. 231 es el siguiente: “**1.** *L'ente è responsabile per i reati commessi nel suo interesse o a suo vantaggio: a) da persone che rivestono funzioni di rappresentanza, di amministrazione o di direzione dell'ente o di una sua unità organizzativa dotata di autonomia finanziaria e funzionale nonché da persone che esercitano, anche di fatto, la gestione e il controllo dello stesso; b) da persone sottoposte alla direzione o alla vigilanza di uno dei soggetti di cui alla lettera a).* **2.** *L'ente non risponde se le persone indicate nel comma 1 hanno agito nell'interesse esclusivo proprio o di terzi”.*

[1052]

El texto del artículo 3° de la Ley Nro. 30424 es el siguiente: “Las personas jurídicas son responsables administrativamente por los delitos señalados en el artículo 1, cuando estos hayan sido cometidos en su nombre o por cuenta de ellas y en su beneficio, directo o indirecto, por: a. Sus socios, directores, administradores de hecho o derecho, representantes legales o apoderados de la persona jurídica, o de sus filiales o subsidiarias. b. La persona natural que, estando sometida a la autoridad y control de las personas mencionadas en el literal anterior, haya cometido el delito bajo sus órdenes o autorización. c. La persona natural señalada en el literal precedente, cuando la comisión del delito haya sido posible porque las personas mencionadas en el literal a. han incumplido sus deberes de supervisión, vigilancia y control sobre la actividad encomendada, en atención a la situación concreta del caso. Las personas jurídicas que tengan la calidad de matrices serán responsables y sancionadas siempre que las personas naturales de sus filiales o subsidiarias, que incurran en cualquiera de las conductas señaladas en el primer párrafo, hayan actuado bajo sus órdenes, autorización o con su consentimiento. Las personas jurídicas no son responsables en los casos en que las personas naturales indicadas en el primer párrafo, hubiesen cometido los delitos previstos en el artículo 1, exclusivamente en beneficio propio o a favor de un tercero distinto a la persona jurídica”.

[1053]

Sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho español, por todos *Vid.* E. Agudo Fernández/ M. Jaén Vallejo/ A. Perrino López, *Derecho penal de las personas jurídicas*, Editorial Dykinson SL., Madrid, 2016, pp. 19-62.

[1054]

El texto del artículo 3° de la Ley Nro. 20393 es el siguiente: “Las personas jurídicas serán responsables de los delitos señalados en el artículo 1° que fueren cometidos directa e inmediatamente en su interés o para su provecho, por sus dueños, controladores, responsables, ejecutivos principales, representantes o quienes realicen actividades de administración y supervisión, siempre que la comisión del delito fuere consecuencia del incumplimiento, por parte de ésta, de los deberes de dirección y supervisión. Bajo los mismos presupuestos del inciso anterior, serán también responsables las personas jurídicas por los delitos cometidos por personas naturales que estén bajo la dirección o supervisión directa de alguno de los sujetos mencionados en el inciso anterior. Se considerará que los deberes de dirección y supervisión se han cumplido cuando, con anterioridad a la comisión del delito, la persona jurídica hubiere adoptado e implementado modelos de organización, administración y supervisión para prevenir delitos como el cometido, conforme a lo dispuesto en el artículo siguiente. Las personas jurídicas no serán responsables en los casos que las personas naturales indicadas en los incisos anteriores, hubieren cometido el delito exclusivamente en ventaja propia o a favor de un tercero”.

[1055]

Para mayores referencias sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Chile, por todo *Vid.* HERNANDEZ BASUALDO, H., “*La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Chile*”, en *Polít. crim.* Vol. 5, N° 9, Julio 2010, pp. 216-217.

[1056]

De hecho, de una lectura de la Exposición de Motivos de la norma peruana, se puede apreciar que el legislador se aparta del sistema vicarial de transferencia de responsabilidad a la persona jurídica; e incluso sostiene, textualmente, que: “Para que opere la responsabilidad de la persona jurídica, se exige la concurrencia de 2 elementos: (i) Hecho de conexión: el delito debe ser cometido por quienes ostentan poder de dirección o representación o sus subordinados en el ejercicio de sus funciones y que le haya reportado un beneficio directo o indirecto, que puede ser de carácter económico o no, como puede ser posicionamiento estratégico en el mercado; y, (ii) Culpabilidad por defecto de organización: se exige la implementación efectiva de un programa de prevención o cumplimiento, en caso esto no ocurra este elemento de habría configurado”. La Exposición de Motivos se puede ver en: [http://www.congreso.gob.pe/Docs/comisiones2016/ConstitucionReglamento/file\\_s/dl\\_1352\\_\(1\).pdf](http://www.congreso.gob.pe/Docs/comisiones2016/ConstitucionReglamento/file_s/dl_1352_(1).pdf) (Consultado el 18 de octubre de 2020).

[1057]

FEIJOO SANCHEZ, B., *El delito corporativo en el Código penal español. Cumplimiento normativo y fundamento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 2° Edición, Editorial Civitas, Navarra, pp. 66-67

[1058]

FEIJOO SANCHEZ, B., *El delito corporativo en el Código penal español. Cumplimiento normativo y fundamento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 2° Edición, Editorial Civitas, Navarra, pp. 70 - 71.

[1059]

Comentarios a dicha jurisprudencia, en: C. Gómez-Jara Díez, *El Tribunal Supremo ante la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas. El inicio de una larga andadura*, Aranzadi, Navarra, 2017, pp. 97-133.

[1060]

Cfr. ORTIZ DE URBINA GIMENO, I., “Sanciones penales contra empresas en España (Hispanica societas delinquere potest)”, en *Compliance y teoría del Derecho Penal* (Khulen/ Montiel/ Ortiz de Urbina Gimeno, Iñigo, editores), Marcial Pons, Madrid, 2013, p. 264. Para este autor, “frente a lo que parece ser la posición mayoritaria, la relación entre compliance y responsabilidad penal de las personas jurídicas (en adelante RPPJ) es contingente y, en cualquier caso, no decisiva. Es decir: puede haber compliance con o sin RPPJ y no es claro que la RPPJ suponga una ventaja sobre el régimen administrativo sancionador dirigido a las empresas menos aún que sea un grado de ventaja sobre otras posibilidades de intervención que permitan superar la presunción normativa contra la intervención penal que sienta el principio de última ratio”.

[1061]

NIETO MARTIN, A., “Introducción”, en *El Derecho penal económico en la era Compliance* (L. Arroyo Zapatero/ A. Nieto Martin, directores), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 15-16.

[1062]

COCA VILA, I., “Los modelos de prevención de delitos como eximente de la responsabilidad “penal” empresarial en el ordenamiento jurídico español”, en *Compliance y Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas*, (I. Coca Vila y A. Uribe Manríquez, coord.), Ideas Solución Editorial, Lima, 2018, pp. 145-169 (en p. 159).

[1063]

Selvaggi, Nicola, “Responsabilidad penal de las corporaciones y programas de cumplimiento (*Compliance Program*) en el sistema de los Estados Unidos de América”, en *Compliance y Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas*, (I. Coca Vila y A. Uribe Manríquez, coord.), 1ra. Ed., Ideas Solución Editorial, Lima, 2018, pp. 65-98 (en p. 86), quien además agrega que “*En la práctica, los casos de exención de responsabilidad han ocurrido (además en el sentido de ordenar solo remedios civiles) o de postergación de la persecución penal con la condición de que la compañía ponga en práctica medidas correctivas o, incluso de acuerdo a los casos, además la adopción de modelos de organización y de control del riesgo de comisión de delitos. Por lo tanto, las oficinas de la fiscalía y las entidades corporativas suscriben acuerdos (acuerdos de prosecución diferida): como en el caso United States v. Monsanto Co.*” (en p. 85).

[1064]

ORTIZ DE URBINO GIMENO, I. / CHIESA, L., “Compliance y responsabilidad penal de entes colectivos en los EE.UU”, en *Tratado sobre Compliance, Responsabilidad penal de las personas jurídicas y modelos de organización y gestión* (J. Gómez-Colomer, dir.), T. II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 1501-1542 (en p. 1536)

[1065]

En la doctrina penal hay posiciones contrarias y sumamente respetables. Por ejemplo, hay quienes ubican al Compliance penal dentro del injusto de la persona jurídica; por todos, Vid. G. Heine, “Modelos de responsabilidad jurídico (penal) originaria en la empresa”, *Modelos de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Propuestas globales contemporáneas* (C. Gómez-Jara Diez, editor), Ara Editores, Lima, 2012, p. 47. Hay otros quienes ubican al Compliance penal dentro de la teoría de la imputación objetiva de las personas jurídicas; por todos, Vid. P. García Cavero,

*Criminal Compliance. En especial al Compliance anticorrupción y antilavado de activos*, Pacífico, Lima, 2017, pp. 122-123. Por último, hay quienes ubican al Compliance penal dentro de la estructura de la acción típica de la persona jurídica, Vid. M. Bajo Fernández, “Vigencia de la RPPJ en el Derecho sancionador español”, en *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas* (Bajo Fernández/ Gómez-Jara Diez/ Feijoo Sánchez, coord.), 2° Edición, Editorial Aranzadi, Navarra, 2016, p. 43”.

[1066]

Sobre ello, Vid. M. Gómez Tomillo, *Introducción a la responsabilidad penal de las Personas Jurídicas*, 2° Edición, Aranzadi, 2015, pp. 134-150, quien sostiene “la culpabilidad implicaría un juicio de censura que se formula frente a una persona jurídica porque ha omitido la adopción de las medidas que le son exigibles para garantizar el desarrollo ordenado y no infractor de la actividad relativa al hecho de la empresa. Como en el caso de las personas físicas, la culpabilidad de las entidades colectivas implicaría un complejo juicio valorativo que requiere la ponderación de numerosas cuestiones por parte del juez. Estos datos a tener en cuenta son múltiples, por lo que tan solo puedo considerar alguno de los más importantes, sin que pueda aspirar a agotar la cuestión la existencia o ausencia de un programa de cumplimiento (...)” (p.135).

[1067]

SEMINARA, S., “Compliance y Derecho penal: La experiencia italiana”, en *Responsabilidad de la empresa y compliance. Programas de prevención, detección y reacción penal* (Mir Puig/ Corcoy Bidasolo/ Gómez Martín, directores), Editorial B de F, Buenos Aires, 2014, p. 132, quien sostiene “como se puede ver la responsabilidad del ente gira en torno a la omisión de modelos organizativos: en este sentido, la construcción de los *compliance programs* como fundamento de la imputación subjetiva cumple una lógica de garantía una vez superado el *versari in re illicita*”.

[1068]

FOFFANI, L., “La nueva responsabilidad (¿penal?) de las personas jurídicas en Italia”, en *Dogmática penal de Derecho penal económico y Política criminal*. Libro homenaje a Klaus Tiedemann (Urquiza/ Abanto/ Salazar, coord.), Fondo Editorial de la Universidad de San Martín de Porres, Lima, 2011, p. 120, para quien “la imputación subjetiva –el aspecto más original del nuevo sistema– se fundamenta en un complejo mecanismo inspirado en el sistema norteamericano de los *compliance programs*, sobre la base de los cuales el legislador ha pretendido expresamente dar vida a una inédita forma de culpabilidad de la persona jurídica. De tal forma que la culpabilidad supone que la empresa no haya adoptado o no haya implementado correctamente un modelo de organización y gestión idóneo para prevenir la realización de delitos correspondientes al tipo cometido en el caso concreto”.

[1069]

GÓMEZ-JARA DIEZ, C. “Fundamentos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas* (Bajo Fernández/Gómez-Jara Diez/ Feijoo Sánchez, coord.), 2° Edición, Editorial Aranzadi, Navarra, 2016, p. 107, para quien “las concepciones modernas de la culpabilidad en la persona física relacionan este concepto con el de fidelidad al derecho o disposición jurídica que le es exigible a un ciudadano en democracia. Sin poder entrar aquí en mayores detalles, el equivalente funcional en el ámbito de la persona jurídica es una defectuosa cultura de *Compliance*. Desde esta perspectiva, la circunstancia de que las

organizaciones empresariales puedan generar una cultura empresarial de fidelidad o infidelidad al Derecho o expresado de otra manera, de cumplimiento o incumplimiento de la legalidad, constituye la base de su culpabilidad. Cuando no tienen una adecuada cultura de *Compliance* la persona jurídica está generando una cultura empresarial de incumplimiento de la legalidad”.

[1070] GÓMEZ TOMILLO, M., *Introducción a la responsabilidad penal de las Personas Jurídicas*, 2° Edición, Aranzadi, 2015, p. 144.

[1071] ELIAS LAROZA, E., *Derecho Societario Peruano, Ley General de Sociedades del Perú, T. II*, 2° Edición, Gaceta Jurídica, Lima, 2015, p. 359.

[1072] Por todos, *Vid.* FERRERO ALVARES, G- - CALDERON, “Aspectos económicos y financieros de las fusiones en el Perú”, *Revista Advocatus*, Universidad de Lima, N° 9, 2003, pp. 317-328 (en p. 320).

[1073] ALONSO SOTO, R., “Las operaciones de fusión”, en *Fusiones y adquisiciones de empresas* (J. Álvarez Arjona / A. Carrasco Perera, coordinadores), Aranzadi Thomson Reuters, 2004, pp. 497 - 518 (en pp. 498 - 499).

[1074] Sobre ello, por todos, *Vid.* ELIAS LAROSA, *Derecho Societario Peruano, Ley General de Sociedades del Perú, T. II*, 2° Edición, Gaceta Jurídica, Lima, 2015, p. 397.

[1075] ALONSO SOTO, R., “Las operaciones de fusión”, en *Fusiones y adquisiciones de empresas* (J. Álvarez Arjona / A. Carrasco Perera, coordinadores), Aranzadi Thomson Reuters, 2004, pp. 497 - 499 (en p. 499).

[1076] REBAZA TORRES, A., “Las fusiones y adquisiciones de empresas: A propósito de la proliferación de los fondos de inversión”, en *Themis, Revista de Derecho*, PUCP, N° 54, 2007, Lima, pp. 101-111 (en p. 103).

[1077] GARCÍA ESTÉVEZ, P., *Fusiones comentadas. Análisis de las fusiones más importantes de los últimos años*, Marcial Pons, Madrid, 2006, p. 32.

[1078] Por todos, *Vid.* ZABALA LOPEZ, C.- GOMEZ, “M&A y Compliance: la sucesión de la responsabilidad penal de la persona jurídica”, en *InDret*, N° 2, 2020, pp. 195 - 224 (en p. 198).

[1079] Fiscalía General del Estado, Circular 1/2011, de 1 de junio, relativa a la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica número 5/2010.

[1080] J. Montiel, “Sucesión de la responsabilidad penal de personas jurídicas en la ley 27.401. Alcances, problemas y desafíos desde la perspectiva del *compliance* y el derecho penal, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, La Ley, Año X, N° 6, Julio, 2020, pp. 47-59 (en p. 54). En el mismo sentido, *Vid.* I. Ortiz de Urbina Gimeno / J. Cigüela Sola, “La responsabilidad penal de las personas jurídicas: fundamentos y sistema de atribución”, en *Lecciones de Derecho Penal Económico y de la Empresa, Parte General y Especial* (J. Silva Sánchez, dir.), Atalier, Barcelona, 2020, pp. 73 - 95 (en p. 93), al sostener que “Los términos del art. 130.2 CP hacen surgir la impresión de que el traslado de

*la sanción de una persona jurídica a otra opera de modo objetivo, permitiéndose luego su moderación”.*

[1081]

MARTIÑON CANO, G., “La responsabilidad penal de las personas jurídicas transnacionales. Reflexiones sobre tres problemas y tres propuestas de solución”, en *La responsabilidad penal de las personas jurídicas* (M. Ontiveros Alonso, coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 321-335 (en p. 333).

[1082]

ORTIZ DE URBINA GIMENO, I. / CIGÜELA SOLA, J., “La responsabilidad penal de las personas jurídicas: fundamentos y sistema de atribución”, en *Lecciones de Derecho Penal Económico y de la Empresa, Parte General y Especial* (J. Silva Sánchez, dir.), Atalier, Barcelona, 2020, pp. 73 - 95 (en p. 94).

[1083]

MONTIEL, J., “Sucesión de la responsabilidad penal de personas jurídicas en la ley 27.401. Alcances, problemas y desafíos desde la perspectiva del *compliance* y el derecho penal, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, La Ley, Año X, N° 6, Julio, 2020, pp. 47-59 (en p. 53).

[1084]

ZABALA LOPEZ, C.- GOMEZ, “M&A y Compliance: la sucesión de la responsabilidad penal de la persona jurídica”, en *InDret*, N° 2, 2020, pp. 195 - 224 (en p. 204).

\* *Secretaria del Juzgado Nacional en lo Penal Económico N° 8. Abogada de la Universidad Católica Argentina. Integrante de la Asociación Iberoamericana de Derecho Penal Económico y de la Empresa.*

[1085]

CÓRDOBA, Fernando J. *Delito de Lavado de dinero*, Buenos Aires, Editorial Hammurabi, Bs. As., 2015, pág 45.

[1086]

Cámara Nacional de Casación Penal, Sala I, “*O.P. y otro s/recurso de casación*”, 21/03/2006.

[1087]

Cámara Nacional de Casación Penal, Sala I, “*O.P. y otro s/recurso de casación*”, 21/03/2006.

[1088]

FONTÁN BALESTRA, Carlos; LEDESMA, Guillermo A.C., *Tratado de Derecho Penal. Parte Especial*, Editorial La Ley, Bs. As., 2014, Tomo IV, pág. 627.

[1089]

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico, Sala B, “*Z.D.E. sobre infracción ley 22.415-en tentativa*”, 22/12/2015, reg. 617/2015.

[1090]

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico, Sala B, “*Z.D.E. sobre infracción ley 22.415-en tentativa*”, 22/12/2015, reg. 617/2015.

[1091]

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico, Sala B, “*Legajo de Investigación de D.E.Z. por inf. art. 303, inc. 3*”, 23/10/2017, reg.718/2017.

[1092]

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico, Sala B, “*Legajo de Investigación de D.E.Z. por inf. art. 303, inc. 3*”, 23/10/2017, reg.718/2017.

[1093] Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico, Sala B, “Legajo de Investigación de D.E.Z. por inf. art. 303, inc. 3”, 23/10/2017, reg.718/2017.

[1094] Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico, Sala B, “Legajo de Investigación de D.E.Z. por inf. art. 303, inc. 3”, 23/10/2017, reg.718/2017.

[1095] Tribunal Oral Penal Económico N° 2, CPE 197/2015 (int. 2710), “Z.D.E.P. s/inf. ley 22.415” y su acumulada causa CPE 197/2015 (int. 2928) “Z.D.E.P. s/inf art. 303 inc.3 CP”, 20/04/ 2021.

[1096] Causa 1502/2011/TO1-2518.

[1097] CÓRDOBA, Fernando J, ob. cit. pág. 101.

[1098] FONTÁN BALESTRA, LEDESMA, ob. Cit. Pág. 628.

[1099] CÓRDOBA, Fernando J., ob. cit. pág. 48.

[1100] Cámara Nacional en lo Penal Económico, Sala B, “H.K.A. s/inf. art. 303del CP”, 5/07/2022. reg. 300/2022.

[1101] Cámara Nacional en lo Penal Económico, Sala B, “H.K.A. s/inf. art. 303del CP”, 5/07/2022. reg. 300/2022.

[1102] Tribunal Oral en lo Penal Económico N° 1, CPE 38/2016/TO1 (número interno 3025/2019), “C.V.A.N. s/inf. Ley 22.415 en tentativa”, 12/02/2021.

[1103] ROBIGLIO, Carolina, *Contrabando de Dinero*, Editorial Ad-Hoc, Bs. As., 2015, págs. 88 y 89.

[1104] BLANCO, Hernán, *Aspectos problemáticos de la persecución del lavado de activos, a diez años de la reforma del tipo penal mediante la ley 26.683*, Erreius, Bs. As., 2022, IUSDC3288777A.

[1105] Recomendación especial IX realizada por el GAFI que establece: “Los países deberían tener medidas para detectar el transporte físico transfronterizo de dinero en efectivo e instrumentos negociables al portador, incluyendo un sistema de declaración u otra obligación de revelación. Los países deberían asegurarse que sus autoridades competentes tienen la atribución legal para detener o retener dinero en efectivo e instrumentos negociables al portador que se sospecha están relacionados con el financiamiento del terrorismo o lavado de activos, o que son falsamente declarados o revelados. Los países deberían asegurarse que sanciones efectivas, proporcionadas y disuasivas estén disponibles para ser aplicadas a las personas que realizan una falsa declaración o revelación. En aquellos casos que el dinero en efectivo o los instrumentos negociables al portador estén relacionados con el financiamiento del terrorismo o lavado de activos, los países también deberían adoptar medidas, incluyendo las legislativas, consistentes con la Recomendación 3 y la Recomendación Especial III, que habilitarán el decomiso de dicho dinero en efectivo o instrumentos”.

\* - Abogado. Docente. Autor de numerosas obras y artículos.

[1106] Ver ROSSO ALBA, Cristian, *Los problemas de la evasión y elusión en las transacciones internacionales. Comercio Internacional e Imposición*, obra coordinada por el prof. Víctor Uckmar, Ed. Abaco, Depalma, 2003, p. 2007 y siguientes.

[1107] Esa es la actividad de las *traders* que nuestro país pretendió afincar en nuestro país a través de la ley 23.101 y Decr.s 175/85 y 1440/85, que fracasaron por las trabas que los organismos fiscales les impusieron.

[1108] BARREIRA, Enrique C., "El valor en aduana y los precios de transferencia en las transacciones internacionales entre empresas vinculadas: dos enfoques ante un mismo fenómeno", en *Revista de Estudios Aduaneros*, n° 15, 2° semestre de 2001 y 1° y 2° de 2002, Tarifar, Buenos Aires, p. 113 y siguientes.

[1109] A ello se añade que ya a nivel infracción se advierte esa tendencia de colocar al comerciante o industrial en esa comprometida situación, exteriorizada por la aduana cuando cuestiona tanto si se importa o exporta por menos de lo que ella considera normal como si se importa o exporta por encima de ese patrón. En ambos casos se suele imputar la infracción aduanera de declaración inexacta del artículo 954 inciso c) del CA.

[1110] El artículo 21 de la Ley Penal Tributaria prevé la intervención jurisdiccional a solicitud del órgano recaudador, en diligencias tendientes al resguardo de elementos de juicio relacionados con delitos previstos por dicha normativa a los fines de su denuncia. Para que dichas medidas preliminares no sean tachadas de inconstitucionalidad requieren la acreditación de indicios serios y objetivos del presunto delito. De tal manera, el juez tiene a su cargo esa delicada tarea, al igual que cuidar la forma en que se lleve a cabo el procedimiento. (Dar intervención al interesado preservando la defensa en juicio, impedir procedimientos masivos e invasivos innecesarios, que además de dificultar el giro de la empresa afectan su imagen en el mercado).

[1111] Congreso de Derecho Penal El Cairo, 1 al 7 de octubre de 1984.

[1112] *Contrabando de dinero*, Ed.Ad Hoc, pág.122 y ss

[1113] La Res.2705/09 establece la obligación en caso de salida llenar formulario si es moneda nacional en cantidad equivalente a u\$s 10.000 o más o moneda equivalente.

[1114] CSJN in re "Legumbres" 10-10-89 El Derecho, To. 136, 1990.

[1115] El dinero si es en cantidades comerciales es asimilable a un billete de banco, conforme la PA 49.07 de la Nomenclatura Arancelaria.

[1116] Decretos 1570/01 y 1606/01

[1117] Aconseja a las autoridades competentes tengan atribuciones legales para retener el dinero o valores si ha sospecha de que están relacionados con el lavado de activos.



[1118] STARCERBAUM, Juan Ignacio, “Análisis de la incorporación de la condición objetiva de punibilidad en la Ley 27430 y su aplicación como ilícito precedente en el delito de lavado de dinero”, en *Revista Online de Derecho Penal*, Rubinzal Culzoni Editores, Bs. As., 3-5-21

[1119] CÓRDOBA, Fernando J., *Delito de lavado de dinero*, Ed. Hammurabi, Bs. As., 2015.

[1120] BLANCO, Hernán, “Aspectos problemático de la persecución del lavado de activos a diez años de la reforma del tipo penal mediante la ley 26683”, en *Revista Temas de Derecho Penal y Procesal Penal*, Bs. As., febrero 2022, pág. 7.