

Las ganancias provenientes del delito

Por **Jesica Racki**, Secretaria en la Fiscalía General N° 3 ante los Tribunales Orales en lo Criminal Federal de C.A.B.A..

1. Resumen

El presente trabajo tiene por objeto analizar la estrategia de índole político-criminal que deben adoptar los Estados para hacer frente a la corrupción, el crimen organizado y el lavado de activos. La realización de esa tarea impone partir del reconocimiento de que se trata de tres fenómenos diferentes, que producen afectaciones a bienes jurídicos diversos y se encuentran relacionados con conflictos o problemáticas sociales de distinta naturaleza. Sin embargo, es posible encontrar puntos de contacto entre ellos. La principal coincidencia, sin lugar a dudas, radica en que los autores persiguen un lucro o beneficio económico.

Entonces, resulta razonable implementar herramientas que tiendan a neutralizar las ganancias provenientes del delito. En la legislación argentina se observan tres figuras idóneas para lograr ese cometido: la previsión del delito de enriquecimiento ilícito, la tipificación del lavado de activos y el decomiso.

1. Crimen organizado, corrupción y lavado de activos.

Uno de los grandes desafíos del Derecho Penal y Procesal Penal en la actualidad es la necesidad de hacer frente al flagelo de la delincuencia organizada, la corrupción y el lavado de activos. Conforme se sostiene en el Preámbulo de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, se trata de tres formas de delincuencia estrechamente vinculadas. Todas ellas provocan efectos nocivos para las instituciones democráticas y los valores públicos esenciales.

La corrupción estatal lesiona, fundamentalmente, a la administración pública, dado que provoca la desnaturalización del Estado que, en lugar de tender al bien común, se utiliza como medio para obtener beneficios particulares. El problema principal radica en que al desviar fondos que deberían destinarse a la construcción, adquisición y prestación de bienes y servicios públicos, estos actos son generadores de desigualdad jurídica y material, pues deterioran la capacidad de acción social, es decir, la posibilidad presupuestaria de invertir en educación, sanidad, cultura, entre otras^[1]. Por lo tanto, los más perjudicados resultan los sectores vulnerables, específicamente aquellos que no pueden suplir la inactividad de los gobernantes con recursos propios. En consecuencia, el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas ha puesto de manifiesto que el fenómeno de la corrupción atenta contra el disfrute de los derechos humanos, "...ya sea económicos, civiles, políticos, sociales y culturales, y, en particular, el derecho al desarrollo humano"^[2].

Conforme se adelantó, este fenómeno también afecta a las instituciones y valores democráticos. En primer lugar, las irregularidades en torno al financiamiento de los partidos políticos socava el sistema representativo de gobierno, debido a que los aportantes no declarados podrían obtener la posibilidad de tomar decisiones en forma directa. En segundo término, la corrupción lesiona el principio de publicidad de los actos, dado que es factible que los funcionarios tiendan a ocultar el verdadero fundamento de algunas decisiones políticas, cuya razón de ser - favorecer intereses particulares- no puede ser revelada[3].

Mención aparte merece el daño en los mercados que provoca la introducción de las ganancias de origen delictivo en la economía formal. Quienes pretenden blanquear dinero compiten con ventaja en relación a las empresas que funcionan legalmente, pues su principal interés no radica en la maximización de los beneficios, sino en lograr la integración de los activos de procedencia ilegítima. Estos sujetos actúan en función de una lógica distinta, que en casos extremos puede acarrear la eliminación de sus competidores, y la consecuente monopolización de la oferta de determinado bien o servicio.

De ese modo, se produce la afectación de la libre competencia, sin perjuicio de que se trata de un bien jurídico reconocido y amparado por la Constitución de la República Argentina, que en su art. 43 dispone que las autoridades proveerán a la protección de "...la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados". Además, no debe perderse de vista que, en general, la existencia de monopolios favorece que los precios se tornen muy elevados para los potenciales compradores y usuarios. Esta alza en los valores también puede deberse a que los lavadores se encuentran dispuestos a pagar sumas más elevadas que las reales por los bienes[4].

Por otra parte, el blanqueo produce distorsiones en la asignación de recursos, en virtud de que esta clase de inversores prefiere ingresar en negocios que ofrecen bajas posibilidades de detección. Así, los fondos son destinados a actividades poco productivas para la economía de un país, como la adquisición de joyas y antigüedades, entre otras[5].

Finalmente, cabe realizar algunas consideraciones sobre la delincuencia organizada, dentro de la cual el lavado de activos suele funcionar como un eslabón de indiscutible trascendencia. Estos grupos funcionan de forma similar a las grandes empresas transnacionales: se trata de estructuras complejas dedicadas a la venta de distintos bienes y servicios que la sociedad desea adquirir, como drogas, armas, mano de obra, sexo, órganos humanos, etc.[6]. Es decir, comercializan objetos prohibidos, cuya adquisición, por ejemplo en el caso de la droga, puede lesionar la salud individual y colectiva, e incluso la vida de las personas.

La persecución de estos fenómenos delictivos presenta dos dificultades centrales: por un lado, son complicados de probar, al menos, a través de los medios y estándares penales tradicionales. Se trata, en su mayoría, de delitos sin víctimas directas o concretas, pues "...el daño se produce en otro tiempo y en otro ámbito

diferente a aquellos en los cuales se produjeron dichas relaciones irregulares”[7]. Esta circunstancia obstaculiza su detección.

Por otra parte, los autores actúan en secreto y con profesionalidad, ya que conocen los mecanismos económicos y jurídicos para dotar a las operaciones de apariencia de legalidad[8]. A su vez, los lavadores recurren a paraísos fiscales y a complejos entramados de sociedades *off shore*, lo cual obstaculiza el seguimiento de la ruta del dinero, y consiguientemente, la determinación de su procedencia. La segunda dificultad tiene que ver con la respuesta que el Estado debe dar a estas conductas. Sobre este punto interesa profundizar, dado que tiene que ver con el objeto central de este trabajo. La práctica ha demostrado que las causas penales dirigidas a la imposición de penas de prisión no constituyen una solución a la expansión y sofisticación de la delincuencia organizada, puesto que la segregación de uno o varios de los partícipes durante un determinado lapso temporal no suele generar el cese del hecho ilícito. En este sentido, por ejemplo, en relación al narcotráfico, debe considerarse que “la adquisición de grandes capitales permite reagrupamientos e inclusive que el traficante encarcelado pueda continuar dirigiendo las operaciones”[9]. Probablemente, este fracaso se deba a que la forma “clásica” de persecución penal no toma en consideración las especificidades que presenta este fenómeno criminal.

Si se quieren implementar políticas públicas eficaces resulta imprescindible comenzar por estudiar las características de esta delincuencia. Un primer paso puede consistir en reconocer que no se trata de hechos individuales o aislados. Por el contrario, estos delitos se cometen a través de auténticas corporaciones, que presentan una estructura jerárquica, con un organigrama que se elabora a través de redes y de grupos con tareas asignadas[10]

Ahora bien, al igual que los lavadores, estos empresarios corren con ventaja, pues la demanda de sus productos suele ser sumamente inelástica, lo que posibilita la fijación de precios elevados y la obtención de márgenes de beneficios muy por encima de lo normal. Esta circunstancia es la que incentiva a los integrantes de las organizaciones criminales a correr el riesgo de ser detectados y detenidos[11].

En función de lo expuesto, el abordaje de esta problemática debe realizarse con una perspectiva de mercado. Desde esa óptica, puede advertirse con facilidad que la principal condición de reproducción de la delincuencia económica radica en la circulación de activos y en los intercambios que se producen con la política.[12] Por lo tanto, si se quiere apuntar al corazón del problema, es decir, si lo que se pretende es desarticular estas redes criminales, la clave está en la implementación de políticas claras de recuperación de activos. Esta propuesta no implica excluir la tradicional persecución penal tendiente a la imposición de una pena de prisión, sino complementarla de una manera más racional y eficiente[13]. Por otra parte, la estrategia de recuperación de activos debe estar articulada con una política de derechos humanos tendiente a reparar el daño social provocado por el delito. Como se señaló anteriormente, la corrupción es generadora de desigualdad, al disminuir la capacidad de inversión del Estado en áreas relevantes como educación o salud. La recuperación de activos genera la oportunidad de que ese dinero vuelva a la población más vulnerable.

Por tal motivo, el Código Penal argentino establece expresamente en el art. 23 que para determinar el beneficiario de los bienes decomisados es necesario tener en cuenta los derechos de restitución o indemnización del damnificado y de terceros. Asimismo, dicha norma prevé que los bienes incautados con motivo del delito de trata de personas y tipos penales conexos serán destinados a programas de asistencia a la víctima. Asimismo, el art. 305 del mismo cuerpo legal dispone, en relación al delito de lavado que “Los activos que fueren decomisados serán destinados a reparar el daño causado a la sociedad, a las víctimas en particular o al Estado. Sólo para cumplir con esas finalidades podrá darse a los bienes un destino específico”.

Esta faceta del recupero ha sido abordada y desarrollada por la Cámara Federal de Casación Penal, en el precedente “Alsogaray” al sostener que “Respecto del delito de corrupción, puede considerarse que el decomiso cumple una función reparadora del daño social causado, por lo que resulta importante otorgarle un sentido de restauración de la justicia y restablecimiento del equilibrio perdido, destinado a recuperar para la comunidad los activos obtenidos o utilizados en la comisión de delitos socialmente dañosos”[\[14\]](#).

Asimismo, recientemente se resolvió designar como depositarios judiciales de automóviles y de una embarcación, que se encontraban embargados y secuestrados, a la Dirección Nacional de Vialidad y al Ministerio de Seguridad de la Nación respectivamente. En ambos fallos se hizo expresa alusión a que dichos bienes debían afectarse al servicio público que llevan adelante los organismos mencionados. Los magistrados reconocieron la existencia de un fuerte reclamo social, que no sólo repudia los actos de corrupción, sino que además exige que se atienda a las necesidades de la comunidad, a cuya postergación contribuyeron los hechos delictivos. Asimismo, hicieron hincapié en que las decisiones judiciales deben dar una respuesta a tales demandas, fundamentalmente cuando se plasman en peticiones concretas y razonables[\[15\]](#).

III. Herramientas para neutralizar los beneficios económicos de origen ilícito

En la legislación argentina pueden verificarse tres herramientas fundamentales para neutralizar las ganancias provenientes del delito: la penalización del enriquecimiento ilícito de funcionarios públicos, la tipificación del delito de lavado de activos y el decomiso. Mediante el examen de las tres figuras, se obtendrá una visión más integral de la política-criminal vigente para combatir la delincuencia económica.

1. Enriquecimiento ilícito

Cabe comenzar por señalar que el art. IX de la Convención Interamericana contra la Corrupción, aprobada por Argentina en el año 1997 (Ley 24.759), establece: “Con sujeción a su Constitución y a los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, los Estados Partes que aún no lo hayan hecho adoptarán las medidas necesarias para tipificar en su legislación como delito, el incremento del patrimonio de un funcionario público con significativo exceso respecto de sus

ingresos legítimos durante el ejercicio de sus funciones y que no pueda ser razonablemente justificado por él". Sin embargo, este tipo penal se halla incluido en el Código de fondo de este país (art. 268, párrafo 2) desde el año 1964, es decir, con mucha anterioridad a la ratificación del tratado.

La previsión de esta figura es muy frecuente en los códigos sustantivos de países latinoamericanos, pero se encuentra prácticamente ausente en las legislaciones europeas[16], pues existen graves cuestionamientos en torno a su constitucionalidad, fundamentalmente debido a que vulneraría el principio de inocencia, al invertir la carga de la prueba, así como la garantía de que nadie está obligado a declarar en contra de sí mismo.

Sancinetti señala que el verdadero problema de este delito se asienta en que no exige la demostración, siquiera por vía presuntiva, de la comisión de un hecho determinado, que es lo que exige del derecho penal de acto[17]. Por su parte, Fabián Caparrós advierte que el enriquecimiento ilícito constituye una herramienta sustantiva para resolver un problema procesal: la dificultad de probar el origen delictivo de determinados bienes que posee el imputado[18].

En consecuencia, a diferencia de la Convención Interamericana, la de Naciones Unidas no establece la obligación de tipificar el enriquecimiento ilícito, sino que simplemente impone el deber de los Estados de *considerar* la incorporación de este delito a sus ordenamientos internos (art. 20).

Ahora bien, se ha sostenido que el derecho a ser presumido inocente no es absoluto, sino que puede limitarse mediante presunciones, siempre que sean razonables y admitan prueba en contrario. Siguiendo esta línea, se puede argumentar que la aplicación automática de una sanción penal en caso de que se verifique un aumento patrimonial injustificado por un funcionario público, podría vulnerar la garantía en cuestión. En cambio, si además de dicho incremento la acusación aporta otros elementos de prueba, entonces, la presunción de inocencia se encontraría suficientemente garantizada[19].

Al respecto, en el ya mencionado caso "Alsogaray", el Tribunal Oral interviniente sostuvo: "para provocar la apertura de la instrucción formal y, con mayor razón, para intimar debidamente el hecho al imputado en declaración indagatoria, resulta imprescindible que el representante del Ministerio Público Fiscal y el juez instructor cuenten con elementos de convicción objetivos e independientes de la intervención subjetiva del encausado que demuestren, con el grado de probabilidad propio de esa etapa del proceso, un apreciable incremento patrimonial sin justa causa aparente, vale decir, que exceda crecidamente las posibilidades emergentes de los ingresos normales del funcionario o empleado"[20]

1. **Blanqueo de capitales**

El blanqueo de capitales se trata de un proceso por el cual se le da apariencia lícita al dinero obtenido de modo ilícito. Esta actividad se realiza con dos finalidades: por un lado, ocultar los delitos que dieron origen a los activos en cuestión, y por el otro, asegurar el disfrute de estos ingresos, haciendo posible su consumo, inversión o ahorro en la economía formal[21].

Ahora bien, para lograr ese objetivo final, el lavador debe alcanzar distintos fines intermedios. En efecto, se encuentra generalmente aceptado que el blanqueo de capitales se compone de tres etapas diferenciadas: la colocación, estratificación, e integración. La colocación consiste en la introducción de los activos en el mercado formal. La estratificación, por su parte, se basa en el distanciamiento de esos bienes de su origen ilícito, por ejemplo, mezclándolo con dinero lícito. Por último, la integración implica la incorporación de los bienes “blanqueados”, es decir, como si fueran absolutamente legítimos, en la economía[22].

Corresponde aclarar que la clasificación tripartita del lavado es relevante, fundamentalmente, para comprender cómo se suscita este fenómeno en la práctica. En otras palabras, tiene una finalidad estrictamente pedagógica. Sin embargo, desde un punto de vista jurídico-penal, no resulta imprescindible que se cumplan los tres pasos para la consumación del delito. Este delito se encuentra previsto en el art. 303 del CP, y dicha norma solamente exige que mediante la ejecución de los verbos típicos allí enumerados (convirtiere, transfiriere, administrare, vendiere, gravare, disimulare o de cualquier otro modo pusiere en circulación en el mercado), el imputado consiga que los bienes de origen ilícito adquieran apariencia de licitud[23].

En otro orden de ideas, cabe señalar que tanto en Argentina como en otras legislaciones se ha tendido a extender el alcance de este delito. En efecto, actualmente se permite que cualquier ilícito penal sirva de antecedente, y no se exige que exista un pronunciamiento condenatorio en relación al ilícito previo[24]. También se encuentra ampliamente aceptado el delito de “auto-blanqueo”. Estos cambios obedecen a que se ha entendido que el lavado de capitales afecta a un bien jurídico autónomo al de la infracción previa: el orden socioeconómico. Conforme se desarrolló anteriormente, el blanqueo ocasiona graves daños en los mercados y en la economía en general.

Dicha circunstancia recién se reconoció en Argentina con la sanción de la ley 26.683 en el año 2011, que incorporó el Título XIII “Delitos contra el orden económico y financiero” al Código Penal. Anteriormente, el delito de lavado se encontraba incluido dentro del Título XI “Delitos contra la Administración pública”. Se lo consideraba una modalidad de encubrimiento, y por lo tanto se exigía que el lavador fuera una persona diferente al sujeto activo del ilícito precedente.

Debe destacarse que la Corte Suprema de Justicia de la Nación de la República Argentina (CSJN) ha entendido que la sanción de la ley 26.683 implicó la modificación del tratamiento que se le había concedido, hasta entonces, a la figura de lavado de dinero, y sostuvo que en atención a se trata de un delito que trasgrede leyes nacionales, corresponde que intervenga la justicia federal[25].

1. El decomiso

De acuerdo con la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, el decomiso es la “...privación con carácter definitivo de bienes por orden de un tribunal u otra autoridad competente” (art. 2.g).

Cabe destacar, en primer término, que la definición citada no sólo no hace alusión a la jurisdicción penal, sino que ni siquiera exige que sea una autoridad judicial la que dicte el desapoderamiento. Sin embargo, tanto la mayoría de la doctrina como de la jurisprudencia nacionales coinciden en afirmar que el decomiso reviste carácter de pena accesoria. Se trata de un instituto arraigado a la legislación penal de este país[26]. Así, por ejemplo, en el fallo recaído en la causa seguida contra María Julia Alsogaray por el delito de enriquecimiento ilícito, el Tribunal Oral interviniente indicó que: “Existe consenso en considerar que la naturaleza jurídica de este instituto es la de una pena accesoria”[27].

Tal posición se sustenta, entre otras razones, en que la regulación de esa figura se encuentra situada dentro el Capítulo II del C.P, titulado “De las penas”. Sin embargo, al enumerar las penas, el art. 5 de ese cuerpo normativo no incluye el decomiso.

Ahora bien, sea cual sea la ubicación sistemática de la figura bajo análisis, a los fines de evaluar su naturaleza jurídica, es necesario tener en cuenta sus características esenciales, y especialmente la finalidad perseguida con su imposición. Para la realización de dicha tarea resulta de mucha utilidad la definición de Zaffaroni sobre el concepto de pena. Para ese autor constituye “...un ejercicio de poder que no tiene función reparadora o restitutiva ni es coacción administrativa directa. Se trata de una coerción que impone privación de derechos o un dolor, pero que no responde a los otros modelos de solución o prevención de conflictos (no es parte de la coacción estatal reparadora o restitutiva ni de la coacción estatal directa o policial)”[28].

A partir de los lineamientos de la definición transcrita, Freedman afirma que para considerar que el decomiso es una medida punitiva deberían verificarse cuatro requisitos: a) constituir el ejercicio de coerción estatal, b) imponer privación de derechos o un dolor, c) no reparar ni restituir y d) no detener las lesiones en curso ni neutralizar un peligro inminente[29].

Ahora bien, para el autor mencionado, el decomiso no es una pena, pues a su criterio, el único elemento que se encuentra presente es el primero: la coerción estatal. En el caso de los bienes peligrosos y del producto del delito, la incautación no importa la privación de derecho alguno, en virtud de que el sujeto no poseía un título legítimo sobre los activos. Por otra parte, en el caso de decomiso del producto la finalidad es restitutiva, dado que lo obtenido se devolverá al legítimo propietario o a reparar a la víctima y a la sociedad civil por los daños causados, ya sea en forma directa o indirecta. En cambio, cuando se trata de bienes peligrosos, el Estado se apodera de los objetos para evitar que afecten bienes jurídicos de otras personas[30]. Por lo tanto, en este último supuesto, la incautación reviste una naturaleza preventiva, y opera *in rem*, es decir, sin importar quién es el propietario o tenedor[31].

En definitiva, en los casos de decomiso del producto faltan los elementos b) y c), y en el caso de bienes peligrosos, se encuentran ausentes los requisitos b) y d). En cuanto a los instrumentos del delito que poseen causa jurídica, considera que el

elemento c) no se encuentra presente, en virtud de que su decomiso tiene un fin restaurador[32].

En resumen, Freedman sostiene que “el decomiso, cuando procede contra los instrumentos y el producto del delito, y se encuentra inserto en una política pública de recupero de activos cumple una función reparadora, mientras que cuando procede contra bienes peligrosos es una medida administrativa de coacción directa destinada a proteger bienes jurídicos individuales o colectivos”[33].

Por otra parte, en favor de la postura que afirma el carácter no punitivo del decomiso, debe tenerse en cuenta que la legislación argentina, a partir de la reforma introducida por la ley 25.815 del año 2003, prevé la posibilidad de aplicar esa figura aún en casos en los que no ha recaído sentencia condenatoria. En efecto, los párrafos 3 y 4 del art. 23 del CP establecen la posibilidad de dirigir acciones contra personas de existencia ideal beneficiadas con el producto o provecho del delito y contra terceros adquirentes a título gratuito[34].

En la misma línea, el art. 30 de la ley 23.737 de Tenencia y tráfico de estupefacientes, contempla la opción de decomisar bienes e instrumentos utilizados para cometer el delito, aunque se hallen en poder de un tercero, con una sola excepción: cuando “...las circunstancias del caso o elementos objetivos acrediten que no podía conocer tal empleo ilícito...”

A su vez, el art. 76 bis del CP, que regula el instituto de suspensión del proceso a prueba, establece que “el imputado deberá abandonar en favor del estado, los bienes que presumiblemente resultarían decomisados en caso que recayera condena”, ello sin perjuicio de que el cumplimiento de las reglas fijadas en oportunidad de la concesión de este instituto conlleva a que se decrete la extinción de la acción penal.

El art. 305, segundo párrafo, del CP dispone que: “En operaciones de lavado de activos, serán decomisados de modo definitivo, sin necesidad de condena penal, cuando se hubiere podido comprobar la ilicitud de su origen, o del hecho material al que estuvieren vinculados, y el imputado no pudiere ser enjuiciado por motivo de fallecimiento, fuga, prescripción o cualquier otro motivo de suspensión o extinción de la acción penal, o cuando el imputado hubiere reconocido la procedencia o uso ilícito de los bienes”. Se trata de supuestos particulares de procedencia del instituto denominado extinción de dominio, decomiso sin condena o decomiso civil.

Por último, resulta ineludible hacer referencia al Decreto de Necesidad y Urgencia (DNU) N° 62/2019 del Poder Ejecutivo Nacional, publicado en el Boletín Oficial el día 22 de febrero de 2019, mediante el cual se aprobó el Régimen Procesal de Acción Civil de Extinción de Dominio. Se trata, como su nombre lo indica, de una acción civil autónoma e independiente de cualquier otro proceso judicial (v. art. 1° del anexo I del DNU).

Sin embargo, su escisión del proceso penal no resulta absoluta, pues la procedencia de la acción se encuentra condicionada a la imposición de medidas cautelares sobre alguno de los bienes descriptos en el art. 5° del Anexo I del DNU, en el marco de una investigación penal respecto de cualquiera de los delitos enumerados en el artículo 6° del mismo cuerpo normativo (v. arts. 7° y 8° del Anexo I del DNU 62/2019)

Ahora bien, con fecha 27 de febrero de 2019, la mayoría de los integrantes de la Comisión Bicameral Permanente de Trámite Legislativo, entendió que el referido decreto resulta inválido. De acuerdo con los fundamentos del dictamen, ello se debe, en primer lugar, a que no se encuentra reunido el presupuesto habilitante para su dictado, esto es, la presencia de circunstancias excepcionales que hagan imposible seguir los trámites ordinarios previstos por la Constitución para la sanción de las leyes^[35], máxime cuando existía un proyecto de ley (expediente 358-D.-2016) con estado parlamentario vigente hasta el 29 de febrero de 2020. Pero además, la mencionada Comisión señaló que el DNU 62/2019 regula sobre cuestiones de naturaleza penal, pese a que artículo 99, inciso 3 (tercer párrafo) de la CN, excluye expresamente la posibilidad de que el Poder Ejecutivo dicte normas que versen sobre esa materia. En este sentido, cabe reiterar que si bien el DNU regula una acción y un procedimiento de carácter civil, éstos encuentran su punto de anclaje en el proceso penal.

En definitiva, resulta evidente que existe en el parlamento una fuerte discusión sobre el régimen que debe adoptar la extinción de dominio. Dicho disenso fue lo que impidió, hasta el momento, que se sancionara una ley que regule esta modalidad de incautación. Asimismo, se encuentra en tela de juicio la validez del DNU sancionado recientemente por el Poder Ejecutivo. Pese a ello, parece haber cierto acuerdo en cuanto a la conveniencia y a la necesidad de adoptar esta figura.

Así las cosas, cabe concluir que el Estado argentino ha optado por una regulación no penal del decomiso, por lo menos en lo que atañe al producto del delito. Las normas analizadas anteriormente son demostrativas de dicha determinación, pues dan cuenta de una clara separación entre la declaración de responsabilidad penal y la procedencia de la incautación.

1. Conclusión

En el presente trabajo se han explicitado las razones por las cuales el derecho penal “clásico”, que busca determinar responsabilidades, con el objeto de imponer penas de privación de la libertad, resulta inidóneo por sí sólo para hacer frente a la problemática de la corrupción, el crimen organizado y el lavado de activos. Si verdaderamente se quiere atacar estos fenómenos delictivos, es preponderante estudiar sus especificidades.

Los delincuentes que cometen esas conductas persiguen un fin de lucro. No debe perderse de vista que se trata de mercados atractivos desde un punto de vista económico, pues presentan demandas inelásticas, que posibilitan que los oferentes puedan fijar precios elevados. Por otra parte, es necesario reconocer que estos delitos no se presentan como actos aislados, sino que, en general, los actores conforman organizaciones con estructuras complejas.

Por lo tanto, una respuesta estatal eficaz puede consistir en atacar el objetivo principal de sus protagonistas y la condición principal de reproducción de estas empresas ilícitas: la circulación de activos. A su vez, el recupero de activos permite devolver a la sociedad el dinero obtenido en forma ilícita, mediante el impulso de políticas públicas tendientes a beneficiar a los sectores más vulnerables.

En definitiva, resulta fundamental desarrollar estrategias que tiendan a neutralizar los beneficios provenientes del delito. En nuestra legislación se reconocen tres herramientas esenciales: la tipificación del delito de lavado de dinero y de enriquecimiento ilícito, y la implementación de la figura del decomiso, especialmente del producto del delito.

La inclusión en el Código Penal de los delitos de enriquecimiento ilícito y de lavado de activos, constituye un medio idóneo para procurar que las ganancias ilegales no puedan disfrutarse ni reinvertirse por los delincuentes, logrando, de tal modo, frenar o morigerar la expansión de la actividad ilícita. Debe destacarse que las reformas introducidas al tipo penal de lavado contribuyeron a la consecución de tales objetivos, pues se definió de manera correcta el bien jurídico afectado, obteniendo como resultado directo una ampliación de las conductas subsumibles en la norma. Pero además, ambos delitos constituyen medidas de política criminal útiles para sortear las dificultades probatorias ligadas a la delincuencia económica.

En relación al decomiso, cabe señalar que en el ordenamiento jurídico argentino existen diversas previsiones que habilitan la posibilidad de proceder al desapoderamiento del bien, sin necesidad de que exista una determinación previa de responsabilidad penal. Ello, fundamentalmente en lo que hace a la incautación del decomiso del producto del delito. En consecuencia, este instituto se aleja de su primigenia naturaleza jurídica sancionadora, para adoptar un carácter civil reparador.

Dicha mutación permite que la incautación pueda efectivizarse sobre una mayor cantidad de activos, de forma más rápida y eficaz, convirtiéndose en una herramienta preponderante para hacer frente a los delitos de corrupción, delincuencia organizada y lavado de activos. En resumen: la principal estrategia de política criminal para combatir los delitos económicos reviste una naturaleza civil. Reconocer y estudiar las implicancias de esta paradoja puede constituir un punto

de partida para la búsqueda de equilibrios más armónicos entre eficacia y garantías en esta materia.

[1] BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE y FABIÁN CAPARROS, Eduardo, “Corrupción y derecho penal: nuevos perfiles, nuevas respuestas”, en *El tratamiento jurídico-penal del blanqueo de capitales a la luz de las iniciativas internacionales más recientes contra la corrupción*, financiado por el ministerio de Educación y Ciencia del Gobierno de España (SEJ 2006-13439), p 15

[2] KAPUSTIK, Lucas Liendo, *Los delitos contra la administración pública y la corrupción de los funcionarios*, Buenos Aires, Huella Ediciones, 2018, p. 291

[3] Ídem, p. 305

[4] PONCE, Juan Cruz, *El delito de lavado de activos*, Buenos Aires, Ad Hoc, 2014, p. 132/5.

[5] Ídem.

[6] CAPARRÓS, “Blanqueo de Capitales, enriquecimiento ilícito y decomiso de bienes. Debate sobre la presunción de inocencia” (2017), en RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás y RODRIGUEZ LÓPEZ, Fernando, (Coords), *Corrupción y Desarrollo*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2017, p. 324.

[7] KAPUSTIK, ob. cit., p. 304.

[8] Ídem, p. 312.

[9] JORGE, Guillermo, *Recuperación de activos de la corrupción*, Buenos Aires, Editores del Puerto SRL, 2008, p. 11.

[10] ROBREDO, María Graciela Pahul, *Tesis doctoral: el comiso como instrumento de política criminal frente al crimen organizado*, consultado en:

[https://gredos.usal.es/jspui/bitstream/10366/124192/1/DDAFP_PahulRobredoMarlaGraciela_Tesis.pdf], p. 89/125

[11] Ídem

[12] BISCAY, Pedro, *La recuperación de activos. Una estrategia compleja*, consultado en: [http://www.saij.gob.ar/doctrina/dacf130162-biscay-recuperacion_activos_una_estrategia.htm], p. 19

[13] BISCAY, ob. cit., p. 20

[14] Cámara Federal de Casación Penal, Sala IV, C. 4787, Reg. 6674.4, “Alsogaray, María Julia s/ recurso de casación e inconstitucionalidad”, rta. 9/6/2005, del voto del Dr. Hornos.

[15] Cámara Criminal y Correccional Federal de la CABA, Sala II, CFP 3017/2013/179/CA43, “Legajo de apelación de Báez, Lázaro s/ entrega rodados y equipos viales a Vialidad Nacional con posibilidad de uso”, rta. 10/4/2017; y Juzgado Criminal y Correccional Federal de la CABA N° 7, Secretaría N° 14, CFP 12446/2008/9, Incidente N° 9 formado en causa caratulada “Jaime, Ricardo Raúl y otros s/enriquecimiento ilícito”, rta. el 19/6/2017.

[16] CAPARRÓS, ob. cit., p. 338.

- [17] SANCINETTI, Marcelo A., *El delito de enriquecimiento ilícito de funcionario público (art. 268, 2, C.P.). Un tipo penal violatorio del Estado de Derecho*. Buenos Aires, Ad Hoc, 2014, p. 200
- [18] CAPARRÓS, ob. cit., p. 337
- [19] BLANCO CORDERO, Isidoro, *El debate en España sobre la necesidad de castigar penalmente el enriquecimiento ilícito de empleados públicos*, consultado en [<http://criminet.ugr.es/recpc/19/recpc19-16.pdf>], p. 22
- [20] Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 4 de la CABA, “María Julia Alsogaray”, 31/5/2004.
- [21] JORGE, ob. cit., p. 5
- [22] Ídem, p. 5 y 6
- [23] PONCE, ob. cit., p. 58/61
- [24] CAPARRÓS, ob. cit., p. 330
- [25] Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Olivetto, José Luis y otro s/ infracción art. 303 inc. 2 A”, rta. el 10/5/2016.
- [26] JORGE, Guillermo, *Recuperación de Activos de la Corrupción en Argentina. Recomendaciones de política institucional y agenda legislativa*, consultado en [https://acij.org.ar/wp-content/uploads/Recuperacion_de_Activos.pdf], p. 47
- [27] Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 4 de la CABA, “María Julia Alsogaray”, 31/5/2004.
- [28] ZAFFARONI, Eugenio, et. al, *Derecho Penal. Parte General*, Buenos Aires, Ediar, 2011 p. 46.
- [29] FREEDMAN, Diego, *Regulación del comiso en el derecho comparado*, consultado en [<http://www.senado.gov.ar/upload/18834.pdf>], p. 4/33.
- [30] Ídem
- [31] JORGE, ob. cit. Nota 9, p. 69.
- [32] FREEDMAN, ob. cit., p. 4/33
- [33] Ídem.
- [34] Para Freedman, en este caso, el decomiso se basa “...en el principio civilista del *nemo plus iuris*, por el cual el adquirente no puede adquirir un derecho más extenso que el tradente; y en este caso, éste último no tenía legitimidad en su título”.
Ahora bien, no se observa razón alguna que impida decomisar un bien adquirido por un tercero a título oneroso, cuando éste ha obrado con mala fe. Cabe aclarar que dicha circunstancia se encuentra contemplada para los delitos de tráfico de sustancias estupefacientes, que no distingue entre transferencia gratuita y onerosa (v. art. 30 de la ley 23.737 citado anteriormente).
- [35] En el dictamen bajo análisis se hizo alusión a que no se verifica en este caso la concurrencia de ninguna de las dos circunstancias señaladas por la CSJN en los precedentes “Verrocchi” (Fallos, 322:1726), “Cooperativa del Trabajo Fast Limitada” (Fallos, 326:3180) y en “Consumidores Argentinos” (Fallos, 333:633), para que el presidente pueda ejercer legítimamente facultades legislativas, que en

principio le son ajenas, consistentes en: a) que sea imposible dictar la ley mediante el trámite ordinario previsto por la Constitución Nacional, vale decir, que las Cámaras del Congreso no puedan reunirse por circunstancias de fuerza mayor que lo impidan, como ser acciones bélicas o desastres naturales que impidiesen la reunión o traslado de los legisladores; b) que la situación que requiere solución legislativa sea de una urgencia tal que deba ser inmediata, en un plazo incompatible con el que demanda el trámite normal de las leyes. Por lo tanto, la Comisión Bicameral concluye que el Poder Ejecutivo no podría dictar un decreto de necesidad y urgencia ante el rechazo de un proyecto de ley por el Congreso, ante la falta de acuerdo de los bloques para su tratamiento o ante la falta de quórum para sesionar.