

EN QUÉ CONSISTE EL DELITO DE LAVADO DE DINERO

Gustavo Fabián TROVATO*

Fecha de recepción: 14 de noviembre de 2017

Fecha de aprobación: 26 de noviembre de 2017

Pretendo compartir con ustedes algunas reflexiones que nos permitan una interpretación racional del delito de lavado de dinero.

Aquello en lo que consiste el delito de lavado de dinero, el núcleo de la conducta prohibida, lo constituye *el hecho de darle a bienes procedentes de un hecho ilícito la apariencia de haber sido obtenidos lícitamente*.

La utilización del término “*lavado de activos de origen delictivo*” (por sobre el de “legitimación de activos”, también utilizado con frecuencia) es una expresión, tal vez, poco elegante pero es altamente ilustrativa y certera en tanto resulta central para la interpretación de la conducta prohibida. Con el acto de *lavado* los bienes no quedan “legitimados”: estrictamente, siguen siendo tan ilegítimos como antes de la operación; solo salen “limpios” en el sentido de que *los demás pueden no advertir el origen “maculado” de los bienes*. Se trata de una limpieza externa, solo aparente. Los bienes no se legitiman nunca —a excepción de los casos de leyes de blanqueo, en donde es el propio Estado quien permite, mediante un acto de legitimación, que aquello que era ilegítimo deje de serlo—, puesto que con el lavado aquello obtenido sigue siendo tan ilícito como en un primer momento, solo que adquiere frente a terceros *apariencia* de legalidad. Así pues, el lavado de dinero constituye un proceso de ocultación de bienes de origen delictivo con el fin de dotarlos de una apariencia final de legitimidad.

El actual art. 303, CP argentino mantuvo en líneas generales la descripción de la conducta típica tal como estaba prevista en el derogado art. 278, CP. Esta descripción combina el empleo de algunos verbos característicos (convertir, transferir, administrar, vender, gravar, etc.), con una

* Abogado y profesor adjunto (UBA). Estas ideas fueron expuestas, en lo esencial, en el Congreso de Derecho Penal de la Universidad de Buenos Aires, el día jueves 19 de octubre de 2017.

fórmula residual que intenta dar un *concepto general* de lo que constituye el “lavado de dinero o bienes”. Se trata, pues, de un procedimiento similar al de la descripción legal del delito de estafa, ya que el art. 172, CP contiene también una serie de modalidades de la acción de defraudar (“con nombre supuesto”, “calidad simulada”, “falsos títulos”, etc.), para cerrar la descripción con una definición genérica: “... o valiéndose de cualquier otro ardid o engaño”. Esto tiene una función múltiple: tanto abarcar con claridad algunos casos frecuentes, como dar un concepto que sirva para alcanzar a otros supuestos.

Los verbos típicos mencionados son, en su gran mayoría, los que eran mencionados por el art. 278, CP, que a su vez habían sido “importados” del derogado art. 25 de la Ley de Estupefacientes, disposición que preveía la conducta de lavado de dinero proveniente de delitos relacionados con el tráfico de estupefacientes, en la que quedaban alcanzadas especialmente las acciones de “convertir”, “transferir”, “administrar”, “vender”, “gravar” (...) ciertos objetos. Estos objetos son los que hacen que tales acciones sean adecuadas al tipo penal y son “*bienes provenientes de un delito*”.

Pero esta enumeración solo se torna clara como vehículo para la incriminación, cuando se llega a la *definición genérica* de lo que el tipo penal previsto por el art. 303, CP entiende por “lavado de dinero o bienes”. Aquello que constituye el núcleo de lo prohibido es la realización de una operación en la que se apliquen dinero o bienes provenientes de un delito. Es una opinión corriente la que dice que la doctrina no ha hallado aún una definición cerrada y convincente de la conducta que realmente se quiere perseguir con esta incriminación.

El art. 303, CP requiere (se trata de un elemento típico que ya existía al momento de ser incorporado en la legislación argentina en el año 2000) “*la consecuencia posible de que los bienes originarios o los subrogantes adquieran la apariencia de un origen lícito*”.

Gran parte de la (excesiva) discusión dogmática con respecto a este tipo penal se ha dado sin que la doctrina haya considerado aquello que, según mi opinión, resulta ser el rasgo central y distintivo del delito de lavado. Lo que resulta esencial es que el autor pretenda con su conducta introducir activos en el mercado lícito de bienes, dándoles apariencia de licitud a aquellos bienes obtenidos por medio de un delito, apariencia de licitud que debe ser *tal para el autor del delito “precedente”*. Es este el núcleo (*que el origen de los bienes originarios o los subrogantes adquieran la apariencia de un origen lícito*) de la conducta prohibida y por medio de la cual se resuelven gran parte de los casos más discutidos: el panadero que recibe como contraprestación por su producto dinero de un conocido narcotraficante no pretende que el autor del hecho previo introduzca en el

EN LETRA: DERECHO PENAL
Año III, número 5 (2017)

mercado dinero mal habido sino que, y esto es bien simple, obtiene una contraprestación por la mercadería que entrega; el profesional que recibe, por su labor, dinero proveniente de una defraudación no lava, para el autor del hecho precedente, absolutamente nada.

De lo que se trata es de punir maniobras “cosméticas”¹ que les permiten a grandes organizaciones criminales poder disfrutar de dinero habido de manera ilícita. En palabras de BACIGALUPO: “*conversión o transferencia de bienes procedentes de una actividad delictiva realizada con el propósito de encubrir su origen ilícito así como la adquisición, tenencia o utilización de tales bienes*”.²

Pero el ocultamiento del origen se da una vez que el dinero (re)ingresa al mercado bajo la apariencia de tener un origen lícito (en el que se pretende borrar la huella de origen delictivo del bien). Siempre debe tratarse de que el objeto proveniente del delito pase a tener un viso de legalidad. Lo que está prohibido es la realización de una maniobra “cosmética” que le permita, al autor del hecho precedente, tener una explicación frente a la sociedad con respecto a que ese dinero fue obtenido legítimamente cuando en realidad tal obtención lo fue mediante la comisión de un delito. Que el tipo penal diga que la maniobra debe conseguir apariencia “posible” da al intérprete la idea, en el nivel del tipo objetivo, de que si la maniobra de lavado es descubierta, de todos modos el fracaso objetivo del maquillaje no impide sancionar, siempre que la maniobra haya tenido una dosis de idoneidad.

En aquello que entiendo central, lo disvalioso del tipo penal previsto por el art. 303, CP 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 esto no fue así. Es esa apariencia de “legalidad” para cualquier partícipe del hecho precedente (autor o cómplices) aquello que el tipo penal pretende evitar.

Para poder centrar la discusión, quiero partir de algunas premisas. En primer lugar, la idea de la criminalización del lavado de dinero es punir conductas de grandes organizaciones internacionales, transnacionales por lo general, que obtienen como resultado de su empresa criminal millonarias sumas de dinero, dinero que, acciones de cosmética mediante, puede ser utilizado por los criminales como si hubiera sido obtenido legítimamente.

¹ BACIGALUPO, “Estudio comparativo del derecho penal de los estados miembros de la Unión Europea sobre la represión del reciclaje o blanqueo de dinero ilícitamente obtenido”, en BACIGALUPO (dir.), *Curso de derecho penal económico*, Madrid, Marcial Pons, 2005, p. 457.

² BACIGALUPO, *supra* nota 1, p. 456.

El delito principal es económicamente atractivo solo si su “producido” se puede legalizar. Una interpretación que respetara el principio de *ultima ratio* del derecho penal debería afirmar que lo que se intenta proteger con este tipo penal es la penalización de una participación que no se produce antes del comienzo de ejecución del hecho ilícito, sino posteriormente. El autor del hecho principal habrá de solicitar *ex post*, una vez obtenida la ganancia ilícita, que alguien (y por lo general ese alguien debería ser alguien con una sólida formación en economía y mercado) le permita “mostrar al mundo” que su dinero ha sido lícitamente obtenido y lo habilite —y esto es lo más importante para el autor del hecho— a utilizar libremente y en su beneficio ese dinero mal habido.

Si esta interpretación fuera correcta, entonces de lo que se trata es de desalentar al autor principal de cometer el hecho que produce los bienes ilegítimos, ya que estos deberán seguir siéndolo por siempre. Si uno pudiera pensar que los bienes adquiridos por medio de un ilícito tienen una mancha indeleble, entonces no caben dudas de que los delitos patrimoniales disminuirían. Pero si alguien se dedica a producir tecnología para borrar esa “marca indeleble”, entonces esa es la conducta que debe ser reprimida.

Ofrezco a partir de este momento un caso teórico, que iré variando posteriormente, para intentar aclarar mi posición respecto de la importancia neurálgica de este elemento del tipo, cuya interpretación permite diferenciar aquellas conductas prohibidas de las que no lo son.³

Un conocido integrante de una poderosa organización narcotraficante paga la entrada a un costoso cine para ver una película (los ejemplos pueden ser de lo más variados: paga el colegio privado al que concurren sus hijos, o los honorarios profesionales del abogado que le tramitó su divorcio). El dueño del cine, que conoce perfectamente la actividad de este cliente, no participa de ninguna maniobra de blanqueo de capitales. El establecimiento recibe su pago en virtud del servicio que presta, sin importarle (a los fines de su participación en una maniobra de lavado) el origen del dinero con el que cada asistente cancela el monto de la entrada. Ello, claro está, sin perjuicio de la obligación administrativa que el Estado le pueda imponer respecto de informar la identidad de sus “clientes”. Respecto del narcotraficante, el dinero utilizado deja de ser de su

³ La existencia de este requisito en nuestro tipo penal de lavado prácticamente cierra la discusión respecto de la punición de las conductas neutrales o *standard*, ya que en la mayoría de estos casos los bienes no aparentan, para el autor del hecho precedente, ninguna licitud. Pero además, la persona co-contratante no tiene el tipo subjetivo de lograr la apariencia de legitimidad del dinero que obtiene como contraprestación de su conducta objetivamente neutral.

EN LETRA: DERECHO PENAL
Año III, número 5 (2017)

propiedad. El hecho de haberlo utilizado no le otorga, por su uso, *apariencia de licitud*. El autor de la comercialización de estupefacientes se encuentra en la misma posición que estaba antes de pagar la entrada. O tal vez en una peor: al haber sido identificado en la adquisición del ticket, el Estado (por medio de su agencia de recaudación) puede empezar a preguntarse cómo obtiene esta persona ese dinero si, por ejemplo, no se le conoce ninguna actividad.

La misma conclusión cabe para la concesionaria de autos, la inmobiliaria o la agencia de turismo que le vende un bien o un servicio a una persona, públicamente conocida, integrante de cualquiera de los tres poderes del Estado, que se ha vuelto millonaria ejerciendo de modo ilícito su tarea republicana. Ninguna persona que vende algo a otra (o le presta un servicio lícito) podría ser imputada en una causa por blanqueo de capitales pertenecientes a su co-contratante, por el solo hecho de venderle, si ha seguido el procedimiento *standard* para el tipo de operación que efectúa (por ejemplo, identificación del comprador, transferencia bancaria del dinero, información de la operación a la autoridad de control, etc.).

Modifiquemos el ejemplo anterior. Ahora el narcotraficante, que acaba de cobrar una herencia —dinero lícito— decide adquirir la sociedad comercial dueña del complejo donde se exhiben las películas. Una vez que el narcotraficante es propietario de la sociedad anónima que explota el complejo, el gerente general —que sabe de la actividad principal del nuevo accionista— le propone blanquear dinero utilizando la empresa. Así comienza a asentar en los registros de la sociedad que la sala está, todos los días, completa de asistentes, cuando en verdad solo alcanza el 30% de su capacidad. La empresa abona todos los impuestos correspondientes al 100% de los ingresos obtenidos (que se compone con un 30% de asistentes reales y un 70% de no asistentes, asentados como si lo fueran) y, al finalizar el período anual, obtiene una ganancia de cien pesos.

Esta es la conducta prohibida por el blanqueo de capitales. Esos setenta pesos, por medio de maquillaje jurídico, han sido introducidos al mercado económico como si hubieran sido obtenidos legalmente. Esos setenta pesos adquieren la apariencia posible de licitud.

Modifiquemos una vez más el caso original. Ahora, el narcotraficante adquiere, con el dinero obtenido por la venta de estupefacientes, la sociedad que explota el complejo que proyecta las películas. Luego, efectúa la maniobra de blanqueo explicada en la variante anterior. Quien resulte vendedor de la sociedad no puede participar en ninguna conducta de blanqueo de capitales, del mismo modo que, según mi opinión, el narcotraficante no comete en esta parte de la maniobra

ninguna conducta disvaliosa distinta de aquella ya contenida en el delito precedente. La operación queda registrada y el Estado obtiene una prueba con relación a la tenencia por parte del narcotraficante de una importante suma de dinero. Pero una operación de este tipo no es constitutiva del delito de lavado.

Si continuamos con el ejemplo, una vez adquirida la sociedad, la empresa (quienes tienen el control ejecutivo y quienes tienen la posibilidad de evitar que la conducta se lleve adelante omiten la conducta debida) sí comete el delito de blanqueo de capitales.

Cuando el producido de un ilícito es utilizado para el pago de un bien o de un servicio que se encuentra en el mercado lícitamente (el colegio privado de sus hijos, la cuota de su club de fútbol favorito, el pan para el desayuno familiar o los honorarios de su defensor de confianza) esa conducta no puede constituir blanqueo. El destino que el autor del delito dé al dinero mal habido, no es un acto que le dé a esos bienes apariencia de licitud. Nuevamente: el hecho de que el delincuente pague por un servicio o por un producto no significa, de ningún modo según mi criterio, que le dé apariencia de licitud a lo mal habido. Si el autor del hecho compra un departamento, y esto va a sonar extraño, tampoco legitima nada. Cualquier investigación judicial podrá advertir la existencia de esa compra y tendrá a su disposición las declaraciones impositivas de la persona para determinar si estaba o no en condiciones de adquirir ese bien. Si no lo estaba (quiero decir: el dinero con el que fue pagada esa compraventa no fue obtenido por medio de una actividad legítima) entonces podrá ser decomisado el inmueble, como provecho indirecto obtenido por el delito. Pero no podrá ser perseguido por un hecho de blanqueo de capitales.