

Lavado de dinero y figura del arrepentido, su aplicación.

Por Darian Dubravcic*¹

El proceso de blanqueo al que se somete el capital proveniente de un delito, se lleva adelante para borrar las huellas del ilícito previo. Este tipo de infracción a la ley posee características propias, que lo distinguen del resto, siendo la cuestión probatoria, uno de los temas más discutidos ya que los indicios juegan un rol fundamental en su valoración, puesto que se trata de una figura que desde sus inicios lo que busca es ocultar, distorsionar, modificar las herramientas y documentos empleados en el delito preexistente -condición necesaria para su perpetración-.

Los sistemas penales de los Estados individuales son incapaces de hacer frente a las actividades del crimen organizado, donde la única respuesta es la *cooperación internacional en materia penal*. En los últimos años se están produciendo transformaciones de gran relevancia en la criminalidad a nivel mundial, estos cambios que el Derecho Internacional en materia penal experimenta para luchar contra el crimen organizado transnacional, plantea problemas de gran calado que requieren de un análisis pormenorizado, como así también, las cuestiones relativas a la cooperación policial y judicial internacional, la extradición, la asistencia mutua o embargo y la confiscación de los productos del crimen. La posibilidad de acceder a mercados de bienes ilícitos lucrativos; de explotar puntos vulnerables en diferentes sociedades, en concreto, en las sociedades en desarrollo y en las democracias emergentes; la capacidad de operar desde lugares en los que la organización se encuentra relativamente segura frente a la persecución penal, bien porque carecen de legislación en materia de crimen organizado o bien porque suelen poner trabas a la cooperación judicial internacional; la posibilidad de canalizar los beneficios de origen delictivo mediante un sistema financiero global que, con la eliminación de controles, hace cada vez más difícil seguir el rastro de los mismos y el

¹ Abogado, Facultad de Derecho Universidad de Buenos Aires (UBA), especialización en Crimen Organizado, Corrupción y Terrorismo, Fundación General de la Universidad de Salamanca, especialización en Administración de Justicia UBA.

acceso a países denominados paraísos fiscales en los que es posible ocultar e invertir los fondos de origen delictivo, esto es, de «blanquearlos» para preparar su retomo a la economía legalⁱ, son algunos de los escenarios a los que se enfrenta nuestro ordenamiento jurídico local.

El Doctor Miguel Abel Souto, catedrático en Derecho Penal de la Universidad de Santiago de Compostela y experto en investigaciones sobre lavado de dinero, afirmó 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. Las relaciones sociales y jurídicas han sido transformadas mediante la informática y las telecomunicaciones en la denominada “sociedad de la información”. Ante las amenazas evidentes para bienes jurídicos básicos que implica la utilización de las nuevas tecnologías, conviene permanecer atentos a su desarrollo y a las diferentes tipologías para evitar el blanqueo.ⁱⁱ

La existencia de normativa dispersa -en especial en el plano internacional- vinculada con la persecución de este tipo de ilícitos, torna complejo arribar a una investigación que conduzca a un resultado eficaz, más si se tienen en cuenta el tipo de operaciones que se utilizan para ocultar o enmascarar estos hechos, que, por lo general, están vinculadas con asociaciones ilícitas constituidas con el único fin de valerse de estas nuevas formas de criminalidad económica y dada su complejidad, con los denominados delitos de guante o cuello blanco, que modifican la visión tradicional que se tiene respecto de otras clases de infracciones a la ley penal. Estas formas de delincuencia, impulsadas por el fenómeno de la globalización de la economía, en las que sus autores se sirven de transacciones financieras complejas para ocultar el rastro cuyo origen es delictivo y colocar el producido del delito -etapa a la que se denomina *estratificación*- a través de operaciones en línea mediante la utilización, por ejemplo, de dinero electrónico, criptomonedas o *bitcoins*; con destinos hacia diferentes países; constituyendo sociedades offshore; invirtiendo en negocios legítimos o propiedades e inmuebles o creando empresas fantasma; siempre valiéndose de información privilegiada y de conocimientos técnicos específicos; impactan directa y negativamente en el orden socioeconómico de nuestros países. Por ello, es

estrictamente necesario el empleo de novedosas herramientas para la investigación y la persecución penal de los delitos contra la administración pública y criminalidad económica. Nuestra legislación requiere una adaptación y actualización constante en consonancia con los instrumentos internacionales relativos a la prevención y el combate del blanqueo de capitales y financiación del terrorismo, donde la figura del arrepentido o colaborador eficaz no escapa a esa circunstancia, ya que como bien se dijo, la cuestión probatoria es uno de los obstáculos a enfrentar. Sabido es que nuestro Código Penal vigente data del año 1921 y comenzó a regir a partir del 30 de abril de 1922, que ha ido sufriendo diversas y reiteradas modificaciones, tipificando nuevas conductas delictivas, a lo largo de los años y de la evolución de nuestras sociedades y formas de delincuencia, pero todas esas reformas parciales, han arrojado como resultado un cuerpo normativo muchas veces incoherente y poco práctico a la hora de ser aplicado en el diseño de políticas criminales verdaderamente operativas.

Según el Diccionario de la Real Academia Española, el arrepentimiento es aquel que manifiesta el reo en actos encaminados a disminuir o reparar el daño producido por un delito o facilitar su castigo y cuya acción puede ser circunstancia atenuanteⁱⁱⁱ.

En Estados Unidos se implementó un Programa Oficial de Protección, denominado *“The Whistleblower Protection Program”*, cuya traducción literal, *“Programa de Protección al Denunciante”*, remitía a una persona que hacía sonar un silbato, dando una señal de alerta ante un hecho que podía consistir en una situación de emergencia institucional, un fraude o un ilícito penal. La diferencia central con el programa norteamericano, es que en estos casos, generalmente se trata de un funcionario de una organización –pública o privada– que toma cuenta de actividades ilícitas cometidas por pares o superiores y decide denunciarlas, pero que no participa de los actos de corrupción.

En nuestra región, un caso para analizar es el de Brasil, que mediante la sanción de la ley 12.850, de combate al crimen organizado, en el año 2013, se establecieron disposiciones sobre la investigación criminal, aumentando los beneficios a quienes colaborasen con la justicia, como la disminución o sustitución de penas, el perdón judicial, cuya característica

principal consiste en que la negociación con el delator queda en cabeza del fiscal, normativa que sirvió de antecedente para el juzgamiento de las causas de corrupción conocidas como “Mensalao” o gran mensualidad –un escándalo por compra de votos de legisladores para que apoyaran las iniciativas del partido gobernante- y más recientemente el caso conocido como “lava jato”, que involucró a grandes constructoras de ese país, en el pago de coimas a empresarios y políticos para obtener licitaciones en la petrolera estatal “Petrobras”, y que desencadenó, hacia fines de 2016, en el escándalo judicial denominado “Odebrecht”, con implicancias internacionales, involucrando a más de una decena de países, en el pago de sobornos a funcionarios públicos de esos Estados por parte de la constructora para obtener beneficios en licitaciones públicas.

En nuestro país, la ley 25.246, sobre encubrimiento y lavado de activos de origen delictivo, creó la Unidad de Información Financiera (UIF); mientras que la 26.683, también modificatoria del Código Penal, incorporó el título XIII, denominado “Delitos contra el orden financiero y económico”, regulando el tipo penal del delito de lavado de activos de origen ilícito, sancionada el 1º de junio de 2011 y promulgada de manera parcial el 17 de ese mismo mes y año, a raíz de reiteradas advertencias efectuadas –desde el año 2004, en adelante- por el Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI), encargado de fijar los estándares internacionales y promover la implementación efectiva de medidas legales, regulatorias y operativas para combatir el lavado de activos y financiamiento del terrorismo. Para evitar que la Argentina ingresara en el ranking de listas grises elaborado por este organismo, y neutralizar consecuencias económico-financieras que podía traer aparejada una declaración de este tenor, que dejara mal parado al país frente a la comunidad internacional, pudiendo generar, por ejemplo, desinversiones en el plano económico y falta de credibilidad en el mercado local. Lamentablemente esto deja en claro que lo que se buscó desde su sanción no fue dar una respuesta estatal firme en la lucha contra este tipo de crímenes, sino dar cumplimiento a título de declaración formal, a las exigencias de este organismo, lo que hoy es fácilmente contrastable con las causas penales en trámite y los hechos que allí se ventilan.

Por su parte, la figura del arrepentido se encontraba ya receptada en nuestra legislación, para prevenir y combatir delitos vinculados al terrorismo, narcotráfico, trata de personas, secuestros extorsivos, lavado de activos y traición a la patria, pero a juzgar por los datos estadísticos en los que fue empleada en su persecución, el resultado arrojado resulta magro, al no habersele otorgado un tratamiento uniforme, tanto a los posibles beneficios procesales, como a la calidad de la información requerida para su aplicación. Por esa razón, en noviembre de 2016, y a raíz de diversas denuncias de corrupción que salpicaban a políticos y empresarios locales, se promulgó la ley 27.304, conocida como “ley del arrepentido”, extendiendo esta figura a la persecución de delitos de corrupción, asociación ilícita y otros de los contemplados en los Códigos Penal y Aduanero, además de hallarse incluidos otros extremos en el proyecto de reforma del Código Penal, bajo el estudio de una comisión de especialistas creada con el fin de *aggiornar* ese cuerpo legal a las necesidades actuales.

En su mensaje de elevación al Honorable Congreso de la Nación Nro. 557 de fecha 4 de abril de 2016, el Poder Ejecutivo Nacional, remitió el proyecto de ley cuyo objeto era la incorporación de nuevas herramientas para prevenir y combatir delitos de investigación compleja, tales como: la figura del arrepentido, el agente encubierto, el agente revelador, el informante y la entrega vigilada. Allí, definió al arrepentido, como aquella persona que colabora con la justicia, brindando información acerca de los delitos en los que ha participado o no, a cambio de beneficios procesales con el fin de esclarecer un hecho delictivo o individualizar sus autores o partícipes, prevenir su consumación o detectar hechos conexos.

Las objeciones hacia su utilización durante la instrucción de los procesos, no van dirigidas hacia la figura en sí misma, sino a cómo ella es empleada, cuestionándose en muchos casos su legitimidad, ya que en ciertas oportunidades los aportes de los delatores se basan en divulgaciones de difícil probanza, lo que hace más compleja aún la tarea de los operadores del derecho encargados de evaluar su verosimilitud y utilidad, debiendo analizar el juez, a la hora de homologar el acuerdo de colaboración -de conformidad con lo dispuesto en el art. 10 de la ley 27.304- y en especial frente a un pedido de excarcelación

o exención de prisión, requerida por el imputado colaborador, con suma prudencia el riesgo procesal que ello acarrea, realizando un equilibrio entre los fines que inspiran las normas citadas y los objetivos propios del enjuiciamiento penal.^{iv}

Para ilustrar la importancia de esta situación cabe citar una decisión adoptada por la Sala "B" de la Cámara Nacional en lo Penal Económico -recién entrada en vigencia la ley 27.304- en el marco de un legajo de apelación interpuesto por el agente fiscal contra la resolución de un juez de primera instancia, que había dispuesto conceder la excarcelación a un imputado, habiendo valorado su colaboración en carácter de arrepentido. Para ello, el titular del ejercicio de la acción penal, consideró que el rol que el imputado había cumplido en la asociación ilícita no había sido menor y que la colaboración valorada por el juez, no contribuyó para el esclarecimiento de los hechos, incluso, destacó que no derivaba que aquel, en caso de recuperar la libertad, no pudiera entorpecer el curso de la investigación. En consonancia con los argumentos brindados por el agente fiscal, los jueces de la alzada resolvieron revocar la exención de prisión del imputado y afirmaron que éste no reuniría el carácter de arrepentido en los términos de la norma citada, ya que no había realizado ningún aporte significativo para la investigación distinto de los elementos existentes en la causa y del curso que el señor juez dio a la pesquisa. *"Las precisiones brindadas al prestar declaración indagatoria bajo la modalidad de arrepentido son equivalentes a la hipótesis delictiva que el señor juez "a quo" estableció inicialmente. No sólo en lo que respecta a los hechos, sino también en lo que refiere a los participantes, solo confirmaron las sospechas que motivaron los allanamientos y las detenciones dispuestas anteriormente, pero no permitieron profundizar la presente investigación, ni anoticiaron sobre la existencia de hechos novedosos o partícipes no conocidos hasta el momento. El único dato novedoso que aportó a la investigación fue un número telefónico, sin embargo aquella información no resultó provechosa, por ello no puede predicarse que el nombrado haya asumido una vocación colaborativa con el éxito de la pesquisa"*. Un capítulo aparte merece la salvedad que efectuaron los magistrados, contrariamente a los argumentos brindados por la defensa, vinculados con el riesgo de que el imputado pudiera entorpecer la investigación sobre hechos no esclarecidos totalmente,

entendiendo que dicho riesgo no se cancela por la circunstancia de que el imputado hubiera prestado colaboración para el esclarecimiento de otros aspectos^v.

El fiscal federal, Federico Delgado, en una reciente publicación, afirma que no existe en el Estado nacional un cuerpo de peritos capaz de abordar operaciones complejas que incluyan dimensiones financieras, legislación trasnacional y contratos cuyas cláusulas se ejecutan en distintos países. Los cuerpos periciales son pequeños, están sobrepasados de trabajo y frente a hechos de esta naturaleza se ven impotentes. El atraso tecnológico es evidente y también la antigüedad de las herramientas de trabajo. La asimetría de medios de producción de la justicia y las fuerzas de seguridad con respecto a las bandas de lavadores de dinero, narcotraficantes o delincuencia financiera es más que obvia. Así, el funcionario advierte con estricta crudeza, que *“las defraudaciones trasnacionales que incluyen sociedades offshore, paraísos fiscales, transacciones electrónicas, cotizaciones en bolsas del mundo, contratos de fideicomiso y de seguros con cláusulas operativas en diversos países, son comportamientos que nos desorientan. Muchas causas derivadas de este tipo de hechos terminan archivadas. Pero no por corruptelas, sino porque no las comprendemos. Mientras los judiciales discutimos si un cheque que no se pagó es el delito de libramiento de cheques sin fondos o una estafa, la realidad se maneja con operaciones que se despliegan por el mundo financiero a través de internet”*^{vi}.

Como bien sostienen los Dres. Juan Facundo Gómez Urso y César Raúl Sivo, en su obra *“Ley del Arrepentido, análisis exegetico”*, la expansión de la legislación penal encuentra su germen, en muchos casos, en la repercusión pública de algún acontecimiento particular, por la calidad o condición de las víctimas o victimarios, por la violencia de los hechos, por su desmedido daño económico, por las circunstancias políticas y sociales de la ocasión, por el grado de corrupción pública, por la participación de funcionarios estatales, etcétera. Estas urgencias legislativas que guardan relación directa con ciertas transformaciones sociales recientes, deben tener en cuenta las garantías constitucionales, que operan en todos los casos como barreras de contención, como un resguardo para el ciudadano frente a los excesos y arbitrariedades del Estado, constituyéndose en reglas de juego que deberían ofrecer previsibilidad jurídica^{vii}.

La naturaleza jurídica compleja de instrumentos legales como el que se analizó en el presente, al igual que la de éste tipo de infracciones a la ley, ponen en jaque al ordenamiento jurídico vigente, y requieren de medidas especiales de investigación, con cierto grado de urgencia, que deben ir acompañadas de políticas públicas concretas para su efectiva implementación, tales como formación y capacitación a los operadores del derecho y funcionarios judiciales encargados de aplicarlas, como así también a las fuerzas de seguridad que mediante requerimiento judicial intervengan en los procesos; todo ello a fin de resguardar las garantías constitucionales del proceso penal, cuya finalidad no es otra que el resguardo de la seguridad jurídica del sistema en general, de los imputados y del Estado de derecho en particular, manteniendo el equilibrio que es necesario entre la búsqueda de la verdad y los derechos fundamentales de los individuos implicados en estos procesos.

Si bien comparto los conceptos ut supra vertidos de los juristas Gómez Urso y Sivo, en lo que respecta a la legislación penal de emergencia, no menos cierto es, que el derecho va siempre tras los hechos y en el caso de la rama penal, eso debe ser, cuanto menos, una pauta de alarma. Considero que todo *aggiornamento*, actualización o innovación, requiere de cierto tiempo para su efectiva implementación, la estricta o taxativa interpretación del derecho positivo, en ciertos casos puede conducirnos a garantizar impunidad, en detrimento de valores superiores como la verdad y la justicia. Tampoco hay que dejar de observar que los bienes jurídicos tutelados en los delitos de lavado de activos, considerados pluriofensivos, son variados y la doctrina no ha adoptado un criterio uniforme al respecto, pero a mi entender son la administración de justicia y el orden económico y financiero los principales. Por ello y para finalizar, creo necesaria e inmediata una reflexión y crítica hacia el interior del sistema judicial argentino, teniendo en cuenta aún más, que la mayoría de las causas que se encuentran en trámite en la actualidad, vinculadas con este tipo de delitos, que tanto perjuicio le provocan a nuestro sistema económico y financiero, han sido y son impulsadas y perseguidas, en su mayoría, por los medios de masivos de comunicación, la opinión pública y la sociedad en su conjunto,

cuestión que debería modificarse, si cada uno de los actores intervinientes en los procesos, cumplieran sus respectivos roles con la probidad que es debida.

ⁱ BLANCO CORDERO y SÁNCHEZ GARCÍA DE LA PAZ; “Principales instrumentos internacionales (de Naciones Unidas y la Unión Europea) relativos al crimen organizado: la definición de la participación en una organización criminal y los problemas de la aplicación de la ley penal en el espacio”; en Revista Penal; Reunión de la Sección Nacional Española preparatoria del XVI Congreso de la AIDP en Budapest. Almagro, mayo de 1999. Universidad de Castilla-La Mancha, 1999.

ⁱⁱ ABEL SOUTO, Miguel. Blanqueo, innovaciones tecnológicas, amnistía fiscal de 2012 y reforma penal. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (en línea). 2012, núm. 14-14, p. 14:1-14:45. Disponible en internet: <http://criminet.ugr.es/recpc/14/recpc14-14.pdf>

ⁱⁱⁱ DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA DE LA REAL ACADEMIA ESPAÑOLA; Vigésima Primera Edición; Madrid; Ed. 1992; pág. 139.

^{iv} CFed Sala II, "MNNS s/ excarcelación", sentencia del 3 de noviembre de 2017, disponible en: <https://www.cij.gov.ar/nota-28318-La-C-mara-Federal-fij--pautas-ante-pedidos-de-excarcelacion-de--arrepentidos--en-causas-por-corrupcion--narcotrafico-y-crimen-or>.

^v LEGAJO DE APELACIÓN DE FEDERICO ERNESTO TISCORNIA SALORT EN CAUSA N° CPE 529/2016, CARATULADA: “N.N. SOBRE INFRACCIÓN LEY 22.415”. J.N.P.E. N° 6. SEC. N° 11. EXPEDIENTE N° CPE 529/2016/129/7/1/CA37. ORDEN N° 27.335, SALA “B”, disponible en: <https://www.cij.gov.ar/nota-24184--Mafia-de-los-contenedores---la-C-mara-en-lo-Penal-Economico-revoc--la-exencion-de-prision-de-un-imputado.html>

^{vi} DELGADO, Federico; “INjusticia”; Ediciones Ariel; mayo de 2018; págs. 89 a 92.

^{vii} GÓMEZ URSO, Juan Facundo y SIVO, César Raúl, “Ley del Arrepentido”, análisis exegético; Ed. Hammurabi; Nov. 2016; págs. 66 a 92.