



EL TRANSPORTADOR DE DIVISAS Y EL LAVADO DE DINERO

Una propuesta de interpretación que obliga a recorrer los epicentros delictivos de origen y destino

Fernando Vallone*

I. INTRODUCCIÓN

El art. 303 inciso tercero del Código Penal¹, bien interpretado, puede ser un instrumento que incite a las agencias judiciales a empezar a transitar todo el derrotero del blanqueo de capitales y enfocarse en los epicentros delictivos situados a sus extremos.

La acción típica se emplaza equidistante del núcleo donde anida el factor de poder del delito antecedente (narcotraficantes, tratantes de personas, corruptos, evasores impositivos, etc.) y el epicentro en que operan los que consuman esta especial forma de encubrimiento (entidades financieras, desarrolladores inmobiliarios y hoteleros, administradores de juegos de azar, etc.).

Esta acción prohibida apunta, según el dictamen de la mayoría en la reformada ley 25.246, al caso de “que el autor del hecho sea sorprendido en el paso intermedio entre la entrega de los bienes por parte del ejecutor y la entrega que ese receptor había hecho después, de no haber sido descubierto, ante el organismo o persona que pudiera realizar la operación lavadora. Técnicamente, se trata de lo que se denomina delito de emprendimiento, es

Especial para la revista Pensamiento Penal.

* Abogado (UBA). Docente de Derecho constitucional y de Garantías constitucionales del proceso penal (Facultad de Derecho – UBA).

¹ Según el art. 303 inciso 3. “el que recibiere dinero y 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 6 meses a 3 años”.



decir, de una forma de incriminación de conducta que materialmente es un acto preparatorio del hecho futuro (el lavado), pero que el legislador trata, formalmente, ya como hecho consumado...es una forma simple de darle al hecho que se halla en preparación el tratamiento que merece”.

La norma puede absorber la conducta de los intermediarios que conducen el provecho del delito a la cuna del blanqueo o, más propiamente (según la intención plasmada en los antecedentes legislativos), a la del mismo sujeto que gestionaba la operación de lavado y fue descubierto antes de iniciar ese proceso.

El primer caso sería, por ejemplo, el de la persona que es sorprendida con 500 mil dólares ocultos en un doble fondo de su valija.

Esa casuística, que comprende buena parte de la acción preventiva y judicial en la que se está encuadrando la norma en análisis (la Unidad de Información Financiera también suele presentarse como querellante en estos casos²), es la que se pretende abordar.

Asimismo suelen ser los casos detectados con mayor frecuencia, ya que su descubrimiento resulta más sencillo por la burda modalidad de maniobra (ocultación del dinero en equipaje, ropa o adosado al cuerpo del pasajero) y el control desplegado por diversas fuerzas preventivas en los escenarios de su ejecución (aduana, policía de seguridad aeroportuaria, prefectura y gendarmería, que trabajan en los sitios de egreso/ingreso al país).

Decimos que ésta acción prohibida, ejecutada en la hipótesis planteada, se instala en el punto medio entre origen y fin del derrotero delictivo. Y se entiende que esto es así porque el tramo fáctico no se encuentra comprendido por el delito antecedente, ni tampoco por la acción delictiva del blanqueo, pero tiene la particularidad de que su

² Informe de gestión UIF 2012, página 48 y siguientes. Disponible en <http://bit.ly/16tM9SI>.

ejecutor posee contacto con los dos puntos que cierran ese trazado delictivo (ver gráfico) y la adecuación típica obliga a demostrar ese empalme entre los trechos fácticos.

Según la exegesis que aquí defendemos para aplicar la norma es necesario visibilizar aquellos ensambles.

Lo interesante es que en ese proceso de acreditación judicial la potestad punitiva debe irradiar sobre los focos fundantes —siempre esquivos— del esquema criminal.

Sin esa avanzada al nervio delictivo la criminalización del sujeto vulnerable³ (por lo menos bajo esta figura penal) no puede prosperar.



³ No tengo dudas de que en el marco de éste tipo de organizaciones, el transportador, pese a no ser el típico sujeto que resulta atrapado por la criminalización en los delitos convencionales, es el eslabón más débil de la cadena. Representa la opción más vulnerable de éste conglomerado delictivo.



En cambio, ante una exégesis laxa que evade los preceptos de la figura legal y el contexto en la que se inserta, la norma se presta como una herramienta al servicio de la criminalización del componente fungible y más vulnerable de ésta matriz delictiva. Entonces la persecución penal se gobernaría de manera torpe, sirviendo a los fines estadísticos, y sin incidir en los factores que justifican su supuesta legitimación.

Este cielo o infierno depende, como siempre, del compromiso que tenga el operador judicial por racionalizar el uso de la potestad punitiva.

II. LA CONDUCTA PROHIBIDA

Hay un cierto reflejo condicionado en la respuesta penal para los casos de contrabando de divisas. Se suele caer en la solución intuitiva de que es dinero negro de una actividad delictiva que se extrae de contrabando para ser blanqueado en una sede financiera con controles frágiles.

Y para ello se hace uso del tipo penal analizado, diagramado para otros fines, limando de manera arbitraria las rebarbas que interfieren en su adecuación.

La función racionalizadora de la dogmática penal, que esboza el programa criminal y auxilia a su intérprete, debe plantear un límite a éste tipo de pulsión punitiva. Sobre todo si se la utiliza en clave del derecho penal mínimo.

El art. 303 inciso tercero se emplaza como un delito de peligro. Se estipuló un adelanto de punición a una etapa previa a la efectiva lesión del bien jurídico, planteando que hay merecimiento de pena sin que todavía se haya puesto en funcionamiento la maquinaria para ingresar los activos en el circuito financiero legal.

La norma, si la aplicamos al caso del transportador de divisas (o en el menos común del responsable de una financiera que gira el dinero de forma electrónica) va en búsqueda



del primer operador de la cadena de blanqueo, es decir, de quien recibe el activo ilícito para situarlo en el andamiaje que lo recicla.

Pese a la intuición inicial, no resulta tan sencillo que el pasajero sorprendido pueda ser imputado del acto preparatorio de blanqueo de activos encuadrado en la norma. Es más, iremos comprobando que es complicado adaptar ese molde normativo a dicha casuística.

Para que la adecuación típica se materialice es necesaria la acreditación de tres presupuestos:

1. que el dinero provenga de un ilícito.
2. que el autor conozca que el dinero proviene de un ilícito.
3. la finalidad del autor de aplicarlo a una operación de blanqueo.

III. LA RECEPCIÓN DEL DINERO ILÍCITO Y EL TRANSPORTADOR DE DIVISAS

La reforma⁴ del régimen penal sobre el blanqueo de activos dio alguna señal de laxitud que se pretende, con fines de supuesta eficiencia, recomendar al intérprete.

En la ley 25.246 se hacía referencia al dinero proveniente de un *delito*. La actual legislación lo cambió por el término *ilícito*.

Esa sustitución, que únicamente podría desterrar la posición que planteaba la necesidad de una sentencia condenatoria previa que delimite al delito, no libera de la obligación de acreditar la existencia y el marco del ilícito previo.

Estamos en desacuerdo con los que valoran como un “acierto destacable” la laxitud que parece fluir de la nueva terminológica incorporada por la reforma en base a que “permitirá superar importantes cuestiones probatorias”⁵.

⁴ Ley 26.683



Las dificultades probatorias es una constante en los delitos económicos. Incluso una definición del derecho penal económico —desde una perspectiva procesal criminalística— destaca, como elemento distintivo para conceptualizarlo, que se trata de *delitos patrimoniales puros con complejidades procesales (probatorias)*⁶.

La nota del obstáculo procesal no puede servir de excusa para relajar garantías, pero sí como un desafío para hacer un uso inteligente de la persecución penal.

La jurisprudencia va por un modelo peligroso. Se entiende que no es necesario acreditar el hecho ilícito antecedente, ni mucho menos despejarlo de un pronunciamiento judicial determinado con anterioridad, y hasta se ha dicho que alcanza una base indiciaria⁷ de su preexistencia⁸.

Queriendo ostentar eficiencia, veremos como el criterio exuda irracionalidad que conduce al resultado contrario.

Esa interpretación, además de ser repulsiva a un análisis guiado por las exigencias de un estado constitucional de derecho, es funcional para no orientar la investigación hacia las organizaciones delictivas (siempre poderosas) que recurren a esta sofisticada modalidad de encubrimiento.

⁵ D'Albora, Francisco, *Cuestiones pendientes de la nueva ley de lavado*, Sup. Penal (julio de 2011), La Ley.

⁶ Posición que menciona Tiedeman como una de las tantas conceptualizaciones con la que se pretende describir al Derecho Penal Económico. En Tiedemann, Klaus, *Derecho Penal Económico, Introducción y parte general*, trad. Héctor Hernández Basualto, Grijley, Perú, 2009, p. 70.

⁷ Criterio esbozado por el Tribunal Supremo de España, al establecer que “la prueba de indicios aparece como el medio más idóneo y, en la mayor parte de las ocasiones, único posible para tener por acreditada su comisión” SSTs de 4 de julio de 2006 y 1 de febrero de 2007. Citado por Jaime, Marcelo L., en *El delito de lavado de activos: consideraciones sobre su autonomía y cuestiones procesales controvertidas*, en Revista Derecho Penal, año II nº 4, Ediciones INFOJUS, p. 233.

⁸ Ver Barbier, Nicolás, *El lavado de activos en la Jurisprudencia Argentina*, Revista Derecho Penal, año II, nº 4, Ediciones INFOJUS, p. 33.



Se suele satisfacer el presupuesto típico con la apresurada conjetura de que el dinero no pudo provenir de una fuente regular.

Si se opone una buena defensa es viable concluir que la imposibilidad de justificar un origen regular no determina su procedencia ilegal.

El dinero puede provenir, por ejemplo, del remanente de una evasión impositiva — obligación tributaria de una actividad legal— que no alcanza los límites objetivos de punibilidad para configurar un ilícito penal (acción atípica).

Se podría oponer a esa hipótesis que la comprobación de la ausencia de actividad comercial declarada inhabilita la excusa. Pero la objeción no resultaría si el imputado esgrime, como réplica a esa postura, que los activos los recibió de terceras personas que si ejercen el comercio, o que tiene una explotación comercial marginal, pero legal, o que son los ahorros de toda una vida (no declarados) suyos o de terceras personas.

En definitiva será el Ministerio Público Fiscal o la querrela quienes deben comprobar la inexistencia del origen lícito, demostrando *vis a vis* la imposibilidad de una procedencia legal y despuntando la inexistencia de las excusas de licitud, al mismo tiempo que se intenta dilucidar cuál es el meollo del ilícito precedente y su conexión con el agente.

Comprobar la ausencia de un origen lícito es necesario pero no es suficiente.

Las características de ésta conducta, en la que su ejecutor opera como un intermediario entre la organización delictiva que quiere reciclar el provecho de su actividad y la organización delictiva que realiza esa acción, permite reconstruir aquel empalme que posibilitó la entrega en confianza del dinero para esa misión. El punto de contacto, conformado por hechos contrastables, siempre tiene que estar. Será obligación del estado la de aplicar sus recursos y destrezas para dilucidarlo.



Es necesario establecer una estrategia regida por criterios de oportunidad (si realmente se quiere trabajar en serio), evitando perder tiempo y recursos con los casos que no admitan desandar esa vía delictiva, y concentrándose en los menos que si puedan abrir el camino al epicentro generador.

Pero esto no sucede. El andar errático de las agencias judiciales y de prevención, además de aplastar a su paso garantías constitucionales básicas de los más vulnerables, cometen el pecado de dejar fuera de foco al generador de la matriz delictiva.

IV. EL CONOCIMIENTO DEL ORIGEN ILÍCITO DEL DINERO

La conclusión a la que se arriba en el punto anterior es lo que va a permitir el análisis sobre el conocimiento del origen ilícito.

Nada se conocerá sobre el origen delictivo si no está contextualizado ese antecedente.

Sin ese derrotero probatorio es muy difícil situar en contexto que tipo de conocimiento tiene el agente sobre la ilicitud con la que se generó el dinero.

Es necesario tener despejada alguna hipótesis objetiva de ilícito precedente sobre la cual vamos a enmarcar la existencia o no del conocimiento.

Con la solución que suele brindarse —omisión de acreditar licitud comprueba ilicitud— no se plantea ningún tipo de circunstancia palpable que contraste con el conocimiento potencial que pueda tener el agente.

Si se forzó la interpretación para que la imputación no naufrague en el anterior presupuesto, ahora no habrá ninguna chance para que prospere.

En cambio, si la investigación fluye en búsqueda de la ausencia de la procedencia lícita, el despeje de posibles orígenes irregulares pero lícitos y la acción genérica ilícita, se va a



plantear un escenario que permita evaluar, en debida forma, éste elemento subjetivo del tipo.

No alcanzan conjeturas o sospechas. El tipo penal exige que el autor conozca que el dinero proviene de un ilícito penal. Para fundar una probabilidad positiva (ni hablar de una certeza positiva) hay que circunstanciar el contenido de lo que conoce la persona sobre el ilícito precedente.

Recién una vez que se pueda reproducir de qué ilícito se trata, cual es la maniobra, en qué circunstancias se desarrolló, quienes serían los presuntos implicados y que rol les cabe a cada uno, se podría establecer el punto de contacto entre el intermediario y la organización delictiva.

Con esa información hay una base objetiva para inferir cual el conocimiento que tendría el intermediario sobre la ilicitud del dinero que está recibiendo.

Siguiendo a Mir Puig⁹, alcanza con el pronóstico concreto de lo que puede ocurrir en el caso particular y, para considerar que el sujeto no descarta la probabilidad del resultado, bastará generalmente la prueba de que era consciente de su gran probabilidad.

No hay manera de desentrañar ese aspecto (determinar que el agente sabía que estaba recibiendo dinero proveniente de un ilícito) sin ahondar en las características del precedente y su nexa con el intermediario.

V. LA INTENCIÓN DE APLICARLO A UNA OPERACIÓN DE BLANQUEO

Este es otro elemento subjetivo (distinto del dolo de realización del tipo) que cierra el filtro punitivo. El autor, además de llevar dinero de origen ilícito y conocer la ilicitud de su

⁹ Mir Puig, Santiago, *Derecho Penal, Parte General*, B de F, Montevideo, 2005, p. 269.



procedencia, tiene que moverlo la finalidad de querer introducir ese activo al mecanismo de reciclaje.

Jescheck¹⁰ refiere que los especiales elementos subjetivos del tipo se presentan como modificaciones de la voluntad típica de acción, que al igual que el dolo, muestran la estructura de la finalidad y están, también como aquél, referidos al bien jurídico protegido, al objeto de la acción, así como al modo y forma de su lesión.

Es el último requisito que demuestra que solo mediante una pesquisa integral, que busqué en los empalmes con el antecedente y el consecuente del trazado delictivo, permitirá adecuar una imputación en éste encuadre típico.

El delito previsto en éste artículo es de peligro concreto. La efectiva situación de peligro del bien jurídico, que requiere esa especie delictiva, en el caso se integra con la finalidad de la aplicación del dinero obtenido ilícitamente a una operación de blanqueo.

La peligrosidad radica en que hay una efectiva puesta en riesgo de la administración de justicia o el orden económico y financiero (según la última reforma legal que consideró insuficiente la anterior noción de protección y la necesidad de punición del *autolavado*) que se constituye por la intención de aplicar el dinero de origen delictivo en esa especie de operaciones.

Y este aspecto de la norma es lo que va a exigir una actividad probatoria para esclarecer que mecanismo de reciclaje se iba a utilizar y determinar quiénes son sus responsables (para establecer el nexo con el intermediario), por lo que es funcional para obligar al operador judicial a focalizarse en éste último epicentro.

En éste punto es donde se desnudan las dificultades probatorias que se presentan al encuadrar el hecho del transportador de divisas, que no cumple un rol dentro del

¹⁰ Jescheck, Hans-Heinrich, *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, trad. Miguel Olmedo Cardenete, Comares, España, 2002, p. 340.



mecanismo de blanqueo, a éste tipo penal que fue diagramado pensando en el sujeto integrado a la organización delictiva que recicla el activo de origen ilícito.

En la casuística nativa de la norma no se presentan problemas en este aspecto, ya que la operación de blanqueo y el rol que le cabe al agente en ese proceso ya estarían identificados.

VI. CONCLUSIONES

La interpretación propuesta es la que, a mi juicio, mejor responde a la aplicación de un programa criminal que tienda a operar sobre los factores poderosos de lo que se denomina crimen organizado.

Caso contrario, si el estado no muestra voluntad por avanzar en esa dirección, la exegesis reduce drásticamente las chances de implicar en soledad —con propósitos estadísticos— a los sectores vulnerables que seguirán siendo criminalizados mientras continúe el giro delictivo en un ámbito de impunidad de sus promotores.