

INAPLICABILIDAD DEL CONCURSO REAL RESPECTO A LOS DELITOS DE ASOCIACIÓN ILÍCITA Y LAVADO DE ACTIVOS AGRAVADOS POR LA ASOCIACIÓN O BANDA

Tomás Robert

El presente artículo está destinado a comentar una resolución de la Excma. Cámara Federal de Apelaciones de Tucumán en los autos caratulados “A. R. y otros s/ Infracción a la ley 26.733” de fecha 01/04/2015¹ en donde la defensa técnica de A.R. interpuso recurso de apelación en contra del auto de procesamiento que había dispuesto la calificación legal de asociación ilícita (art. 210 del CP) juntamente con la del delito de lavados de activos agravado por la asociación o banda (art. 303, inc. 2, letra a) en concurso real (artículo 55 del CP).

Para conocer la génesis del planteo efectuado por la defensa técnica repasaremos a continuación cuáles fueron los puntos salientes de su impugnación (siempre en relación al tema que citado en el título de este artículo).

Para el desarrollo de este acápite debemos reiterar el concepto de asociación ilícita que dice: *“Será reprimido con prisión o reclusión de tres a diez años, el que tomare parte en una asociación o banda de tres o más personas destinada a cometer delitos por el solo hecho de ser miembro de la asociación. Para los jefes u organizadores de la asociación el mínimo de la pena será de cinco años de prisión o reclusión”*.

La doctrina tiene dicho que el concepto de banda al que hace alusión la norma requiere de ciertas condiciones particulares: un número mínimo de tres personas, fines asociativos, cierto grado de permanencia y estabilidad, planes indeterminados para cometer delitos, etc.

¹ Fallo disponible en <http://www.pensamientopenal.com.ar/fallos/41014-procesamiento-lavado-activos-agravado-y-asociacion-ilicita-concurso-real-afectacion-al>.

En la situación particular de R.A. se endilgó este tipo penal en forma conjunta con la conducta reprimida en el artículo 303, inc. 2, letra A (se refiere a la comisión en asociación o banda del delito de lavado de activos), todo ello en concurso material (art. 55 del Cód. Pen.).

Ahora bien, según el propio auto de procesamiento establece que: *“...Interesa recordar en relación a la otra agravante contenida en el artículo 303, vale decir, cometer este delito como miembro de una asociación o banda, la doctrina expresa que: el concepto de asociación o banda que aquí se utiliza nos remite necesariamente a los requisitos exigidos por el artículo 210 del Código Penal”.* En caso de comprobarse que el autor reúne la calidad de integrante o miembro de una asociación cuya actividad principal sea el lavado de activos, no corresponde agravar dicha conducta con la concurrencia del delito previsto por el artículo 210 del Código Penal, salvo que se demostrase que dicha banda o asociación tuviere múltiples propósitos criminales²

El interrogante que se debe responder, según la defensa, es: ¿se probó la presencia de fuentes delictivas independientes al supuesto lavado de dinero? La respuesta es NO.

A continuación explicamos el por qué de esta negativa.

La conclusión final que esgrimió en su momento el representante del imputado es que de las *fuentes delictivas independientes del artículo 303 que se trató de demostrar son totalmente inexistentes. Con ello queremos decir que no son tales; que el relato emanado de la UIF, y que hace suyo el Juez, tiene como objetivo reivindicar consideraciones y hechos que no deberían ser aplicables a estos actuados (antecedentes penales archivados, delitos que no afectan el patrimonio, etc.). Además, de las 6 fuentes delictivas que hace mención dos de ellas (infracción a la ley **24.769 y 24241**) son traídas en forma “sospechosa” por los querellantes en un claro*

² Creus - Boumpadre, p. 395, Donna, p. 612, D’Alessio, p. 930.

ejemplo desestabilizador y con el fin de agravar la situación procesal. Estos sujetos procesales, a posteriori, dividen en dos lo que corresponde a un solo análisis (informe de mesa de entrada penal y antecedentes de F. G.) lo que demuestra la intención de magnificar lo que no es tal.

Se dice que se trata de impedir en este acápite es que la imputación concreta, como atribución de un comportamiento determinado históricamente, se repita, cualquiera que sea el significado jurídico que se le ha otorgado, en una y otra ocasión, permitiendo la múltiple persecución penal bajo una valoración distinta a la anterior, como se da en el procesamiento que cuestionamos.

Los numerosos argumentos que se plasmaron justifican la petición de esta parte de que se revoque la concurrencia material y la imputación del artículo 210 (con el 303, inc. 2, apartado A), ya que no se demostró la existencia de múltiples propósitos criminales de parte de las personas que se encuentran acusadas por la misma circunstancia: que es la de asociarse en dos ocasiones. Es evidente que la acusación se basa únicamente en el delito de lavado de activos, o por lo menos, es lo que sostiene el juez de grado, pero de persistir en esta línea acusatoria se estaría violentando claramente el principio ne bis in ídem en abierta contradicción a derechos y garantías de neto corte constitucional”.

A su vez, la Excma. Cámara Federal de Apelaciones de Tucumán en momento de esgrimir su pronunciamiento al respecto hizo lugar al planteo de la defensa impidiendo la existencia de una doble persecución penal en contra del procesado.

Para ello dijo que en nuevo artículo 303 del Código Penal (ley 26.683) prescribe que: “Será reprimido con prisión de tres a diez años y multa de dos a diez veces del monto de la operación, el que convierte, 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.

En su inciso 2do. establece que: “ la pena prevista en el inciso 1ro será aumentada en un tercio del máximo y en la mitad del mínimo en los siguientes caso; 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”

En relación al bien jurídico protegido por la figura, la ley 26.683 ha introducido un nuevo capítulo, el XIII, “Delitos contra el orden económico y financiero” al libro segundo del Código Penal.

Así, se señala que el lavado de dinero pone en peligro la libre competencia, sobre la que se basa el actual sistema de economía de libre mercado.

La finalidad central de la reforma fue cumplir con la exigencia internacional de reprimir el “auto lavado”, es decir, la conducta de lavar activos provenientes de delitos previos cometidos por el propio lavador. El método empleado fue eliminar la expresión “*en el que no hubiera participado*”, referida al no involucramiento del lavador en el delito generador de bienes ilícitos a lavar. Esa ausencia de participación en el delito previo era un presupuesto negativo del delito de lavado, ya que estaba regulado como una forma de encubrimiento.

En cuanto al tipo objetivo del delito, el artículo 303 del CP mantuvo en líneas generales la descripción de la conducta típica tal como estaba prevista en el derogado artículo 278. Esta descripción combina el empleo de algunos verbos característicos (convertir, transferir, administrar, vender, gravar) con una formula residual, que constituye el “*lavado de dinero o bienes*”. Esto tiene una función múltiple: tanto abarcar con claridad algunos casos frecuentes como dar un concepto que sirva para alcanzar a otros casos. 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.

Para encontrarnos en presencia del tipo el valor de los bienes debe superar la suma de pesos trescientos mil, pero para evitar que las operaciones sean ficticiamente fraccionadas de modo que nunca recaigan dentro del tipo agravado se prevé que el monto quede superado tanto si el valor excede la cantidad indicada en un solo acto o por la reiteración de hechos diverso, mientras que están vinculados de algún modo entre sí.

Se trata de un delito continuado.

En el aspecto subjetivo, resulta suficiente que el autor tenga dolo eventual. Así la redacción dice simplemente “con la consecuencia posible de que...”, es decir que quedan atrapados todos aquellos casos en los que a) al autor del delito resultara indiferente si la operación sirviera para darle a los bienes apariencia de lícita o no; b) el autor sabe que puede ser que, como consecuencia de la operación, los bienes ilícitos adquieran un carácter aparentemente puro.

Resulta esencial para la figura que el autor pretenda con su conducta introducir activos al mercado lícito de bienes dándole apariencia de licitud a aquellos bienes obtenidos por medio de un delito.

En relación a la agravante del inc. 2do., a) por un lado la agravante de “habitualidad” está pensada para aquella persona que comete éste delito como forma habitual de sustento económico.

En cuanto al agravante referida a las personas que participaron en asociaciones destinadas a cometer esta clase de delitos, todos los hechos serían subsumibles en la norma más general del artículo 210 del C.P. La relación de especificidad consiste en lo siguiente: el artículo 210 establece una pena para la conducta de participar en una asociación destinada a cometer delitos descritos en el código penal, mientras que el inc. 2do. del artículo 303 establece una pena para la conducta de participar en una asociación ilícita destinada a cometer delitos de lavado de dinero.

En consecuencia, cabe realizar algunas consideraciones con relación a la imputación conjunta y bajo las reglas del concurso real, que se formula, con respecto a la asociación ilícita del artículo 210 del C.P. y el delito de lavado de activos agravados por la pertenencia a una asociación o banda formada para la comisión continuada de hechos de esta naturaleza.

Este Tribunal entiende que conforme los términos de la resolución apelada la agravante del inc. 2, ap. A) del artículo 303 del C.P. está referida a la realización de los hechos de lavado de activos como miembros de una asociación ilícita, en tanto así ha sido considerado en la resolución apelada en tanto atribuye también el delito de asociación ilícita del artículo 210 y no está referida a la modalidad comisiva de la habitualidad. La norma de la agravante del inc. 2 A del artículo 303 del C.P. utiliza ambas formas comisivas en cuanto a la conjunción “o” que separa ambos términos es una conjunción disyuntiva, o sea es lo uno o es lo otro. Corresponde formular esta aclaración por cuanto la resolución apelada utiliza ambos términos en forma indistinta.

En este entendimiento este Tribunal considera que en la resolución en crisis se violentado el principio *non bis ídem* y el principio de proporcionalidad en tanto se ha atribuido bajo la reglas del concurso real la imputación de una sola conducta, la pertenencia a una asociación ilícita que comete delito de lavado de activos, bajo dos normas legales que son claramente incompatibles entre sí y que no puede converger en su aplicación, por mediar entre ambas, bajo la normas del concurso aparente una relación de especialidad, casos en los cuales la figura específica, la asociación ilícita como forma comisiva del delito de lavado de activos., describe más adecuadamente la actividad desplegada. Así la norma de la agravante del artículo 2 inc. A del 303 del C.P. referida al lavado de activos contiene, pese a la diferente redacción, todos los elementos de la asociación ilícita del artículo 210 del C.P.

Ello pese a la expresa afirmación que hace la resolución recurrida del juez instructor en cuanto pone de manifiesto, con citas jurisprudenciales, que la

asociación ilícita formada por los imputados, no lo era solamente para el delito de lavados de activos, sino también para la comisión de otros delitos, por lo que correspondía conjuntamente la atribución de la figura básica y la agravante del lavado de activos. En resumen, la asociación ilícita no puede serle atribuida a los imputados, doblemente, como figura básica y como agravante del delito concreto imputado, porque ello resulta violatorio de principios constitucionales, como el de legalidad, proporcionalidad, culpabilidad y *non bis in ídem*.

La cuestión radica, más allá de la interpretación que de las normas se hace, en la redacción reiterada de los tipos penales realizada por el legislador, pues no hay distinción alguna entre ellas, referida a la materia de la prohibición, siempre se trata de asociación ilícita y en cuanto a la penalidad aplicable no se advierte, porque deber ser más grave una asociación ilícita destinada a la comisión de delitos indeterminados, que aquella que sólo tiene como finalidad el lavado de activos.

La resolución del juez que intervino en la causa, tampoco formula ninguna aclaración, cuando explica la imputación de la figura básica y la agravante, cuáles serían los delitos indeterminados que se proponía cometer la asociación ilícita básica imputada en la fórmula del artículo 210 del C.P. ya que solo se procesa por el delito de lavado de activos.

Este mismo defecto del legislador se da en la llamada “asociación ilícita tributaria” prevista en el artículo 15 de la ley penal tributaria, no como agravante de alguna de las formas de los ilícitos tributarios previstos, sino como figura autónoma. La doctrina y la jurisprudencia han formulado con relación a la asociación ilícita tributaria las mismas objeciones que se formulan a la presente con relación a la imputación de la figura agravada del artículo 302, inciso 2do, apartado A.