

## La reforma del tipo penal de lavado de activos y la ley penal más benigna

Hernán Blanco\*

La reforma operada en la tipificación del delito de lavado de activos en el ordenamiento penal argentino, por imperio de la ley 26.683<sup>1</sup>, trae a colación una serie de cuestiones particulares que se vinculan, a su vez, con la cuestión general de la vigencia de la ley penal en el tiempo y con relación a la persecución de hechos o conductas que se cometieron (o empezaron a cometerse, según el caso) durante la vigencia del tipo penal anteriormente vigente (previsto en el art. 278.1. del C.Pen.<sup>2</sup>), pero que terminaron de cometerse (o han de ser juzgadas) con posterioridad a la reforma de la referida figura legal, que hoy se encuentra en el art. 303.1 del código de fondo<sup>3</sup>.

En orden a esta cuestión, hay en nuestro sistema penal un principio general claramente establecido, que es que la ley aplicable al delito desde el punto de vista temporal es aquella que se encontraba vigente al momento de su comisión. Se trata de una regla que se deriva del principio de legalidad, que prohíbe la aplicación retroactiva de la ley. Es decir, las leyes penales sólo alcanzan a los hechos cometidos después de su entrada en vigor. Es un principio sobre el que existe el más completo acuerdo en las legislaciones modernas, siendo que la exigencia de ley previa tiene jerarquía constitucional<sup>4</sup>.

Sin perjuicio de la vigencia de la regla general enunciada precedentemente, lo cierto es que convive con aquella una larga tradición jurídica que determina que el principio de irretroactividad de la ley sufra una excepción respecto de las leyes penales posteriores al

---

Especial para Pensamiento Penal.

\* Abogado (Pontificia Universidad Católica Argentina).

<sup>1</sup> Sancionada el 1/6/2011, publicada en el BO el 21/6/2011.

<sup>2</sup> Cuyo texto establecía: “Será reprimido con prisión de dos a diez años y multa de dos a diez veces del monto de la operación el que convirtiere, transfiriere, administrare, vendiere, gravare o aplicare de cualquier otro modo dinero u otra clase de bienes provenientes de un delito en el que no hubiera participado, con la consecuencia posible de que los bienes originarios o los subrogantes adquieran la apariencia de un origen lícito y siempre que su valor supere la suma de cincuenta mil pesos (\$ 50.000), sea en un solo acto o por la reiteración de hechos diversos vinculados entre sí”.

<sup>3</sup> El cual establece: “Será reprimido con prisión de tres (3) a diez (10) años y multa de dos (2) a diez (10) veces del monto de la operación, el que convirtiere, 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”.

<sup>4</sup> Cfr. BACIGALUPO, Enrique, *Derecho Penal. Parte general* (2ª edición), Hammurabi, Buenos Aires, 1999, pág.186.

momento de comisión del delito pero más favorables al acusado<sup>5</sup>. Esto es: el principio de retroactividad de la ley penal más benigna.

Hasta el año 1994, fecha en la que se incorporaron los tratados internacionales de Derechos Humanos al art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, dando origen a lo que ha dado en llamarse el “bloque de constitucionalidad”<sup>6</sup>, este último principio (retroactividad de la ley penal más benigna) sólo tenía carácter legal, a partir de su inclusión en el art. 2 del C.Pen, que establece “*Si la ley vigente al tiempo de cometerse el delito fuere distinta de la que exista al pronunciarse el fallo o en el tiempo intermedio, se aplicará siempre la más benigna*”. Sin embargo, a partir de entonces, los preceptos contenidos en el art. 9 de la Convención Americana de los Derechos Humanos (CADH)<sup>7</sup> y el art. 15.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCyP)<sup>8</sup> consagran garantías que son *operativas*, toda vez que pueden ser aplicadas automáticamente, sin necesidad de reglamentación, y es un *deber* de la Justicia velar por su eficaz cumplimiento<sup>9</sup>.

<sup>5</sup> Cfr. BACIGALUPO, Enrique, *Derecho Penal...*, cit., pág.188.

<sup>6</sup> Cfr. ABREGÚ, Martín: “La aplicación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos por los tribunales locales: una introducción”, en AAVV, *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Del Puerto, Buenos Aires, 1997, págs. 3/31. Pág. 14.

<sup>7</sup> “*Nadie será condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivas según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello*”.

<sup>8</sup> Dicho artículo establece que “*Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivas según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello*”.

<sup>9</sup> Cfr. ALVERO, Marcelo/ OBERLANDER, Cinthia: “El derecho a interrogar a los testigos. Una garantía constitucional” en Revista de Derecho Penal: Garantías constitucionales y nulidades procesales -II, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, T. 2001-2, págs. 167/181. Pág. 175 (énfasis añadido). Según explica BIDART CAMPOS (en: “El artículo 75, inciso 22, de la Constitución Nacional”, en AAVV, *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Del Puerto, Buenos Aires, 1997, págs. 77/88. Pág. 84 —énfasis en el original—), dicha operatividad se manifiesta en los siguientes sentidos: a) con el efecto de *derogar* cualquier norma interna infraconstitucional opuesta a la norma convencional; b) con el efecto de *obligar al poder* judicial a declarar inconstitucional cualquier norma interna infraconstitucional que esté en contradicción con la norma convencional, o a declarar que la norma convencional ha producido la derogación automática; c) con el efecto de *invertir directamente* con la titularidad del derecho o la libertad a todas las personas sujetas a la jurisdicción argentina, quienes pueden hacer exigible el derecho o la libertad ante el correspondiente sujeto pasivo; d) con el efecto de *convertir en sujetos pasivos* de cada derecho o libertad del hombre al Estado federal, a las provincias, y en su caso, a los demás particulares; e) con el efecto de provocar una *interpretación de la constitución* que acoja congruentemente con las normas de la convención en armonía o en complementación respecto de los similares derechos y libertades declarados en la convención.

Así las cosas, puede apreciarse que del juego entre la regla general, que es la irretroactividad de la ley penal, y su excepción, que es la obligatoriedad de aplicar retroactivamente la ley penal *cuando esta es más benigna que su antecesora*, se puede extraer un principio general aplicable a todos los casos. Esto es: que en caso de que durante el lapso comprendido entre la comisión del delito y la finalización del proceso en el que se persigue penalmente al/los autor/es del mismo, se encuentren vigentes dos o más normas relativas a dicho ilícito, debe aplicarse aquella que resulte más favorable para el imputado.

Cabe destacar, no obstante, que el principio de la aplicación de la ley penal más benigna tiene fundamentos distintos dependiendo de si la norma más favorable para el imputado es la que se encontraba anteriormente vigente o la que vino a reemplazarla. En el primer caso, la prohibición de aplicar retroactivamente la ley posterior (y la consecuente ultraactividad de la norma vigente al momento de cometerse el hecho) se funda en el principio de reserva del *nullun crimen, nulla poena sine lege*, toda vez que la ley posterior no puede funcionar como “ley previa” al hecho. En el segundo, la aplicación retroactiva se justifica en el criterio de que la valoración vigente que la nueva ley asume torna innecesario mantener el rigor de la una ilicitud penal que actualmente se reputa justo atenuar o suprimir<sup>10</sup>. Es decir: se trata de una excepción que tiene un fundamento político-social, derivado de la conclusión de que carece de sentido dictar o mantener la ejecución de penas por hechos que ya no se consideran delitos o cuando la gravedad de aquéllas aparece como desproporcionada. Desde otro punto de vista, es una consecuencia del hecho de que las garantías constitucionales (en este caso, la prohibición de retroactividad de la ley penal) sólo *se instituyen para proteger al acusado*, pero no para impedir que se beneficie con una nueva situación legal más favorable<sup>11</sup>.

La cuestión en trato aparece como especialmente conflictiva en el contexto del Derecho Penal económico, en cuanto combina dos disciplinas disímiles como lo son el Derecho Penal y la economía. Así, se advierte que mientras que el Derecho Penal se conforma con normas — generalmente leyes en sentido material— destinadas a perdurar en el tiempo como manifestación de una política criminal y represiva más o menos estable, la política económica consiste en una serie de variables flexibles que deben ser adaptadas cotidianamente de acuerdo a los innumerables sucesos nacionales e internacionales que condicionan la economía<sup>12</sup>. Es así que en ciertas áreas del Derecho Penal económico, como lo son el Derecho Penal tributario o

<sup>10</sup> Cfr. BIDART CAMPOS, Germán J.: “La irretroactividad de la ley penal y el principio de la ley más benigna”, en Revista de Derecho Penal y Criminología, La Ley, Buenos Aires, N° 1 (enero/marzo de 1970), pág. 337.

<sup>11</sup> Cfr. BACIGALUPO, Enrique, *Derecho Penal...*, cit., pág.188 (énfasis añadido).

<sup>12</sup> Cfr. WAISBERG, Guido E.: “La ley más benigna frente a la actualización monetaria y la política económica en la ley penal”, en Jurisprudencia Argentina, Jurisprudencia Argentina, Buenos Aires, Suplemento del 24/10/2012, págs. 3/12. Pág. 3.

cambiarlo, el tema de la vigencia temporal de la ley penal ha dado lugar a numerosas controversias, y a reiterados cambios de criterio jurisprudenciales<sup>13</sup>.

En cuanto a las posibilidades que pueden abrirse en el supuesto de sucesión de leyes, puede agruparse —siguiendo a SOLER— en cuatro categorías. A saber:

- a) La ley nueva crea una figura delictiva nueva y aplica una pena a un hecho anteriormente impune;
- b) la ley nueva quita carácter delictivo a un hecho reprimido por la ley anterior, derogando expresa o tácitamente una incriminación;
- c) la ley nueva establece condiciones más gravosas, ya sea en los elementos de la figura delictiva, ya en la sanción, ya en las condiciones de aplicabilidad de ésta (forma de la condena, carácter de la pena, régimen de prescripción de la acción y de la pena, etc.); y
- d) la ley nueva, finalmente, puede importar una modificación de la ley anterior que la haga *menos gravosa*, variando favorablemente los elementos mencionados precedentemente<sup>14</sup>.

A efectos de desentrañar si la modificación operada en el tipo penal de lavado de activos encuadra en algunos de estos supuestos, es preciso llevar a cabo una interpretación de conformidad con los criterios sentados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en cuanto a que la primera fuente de exégesis de la ley es su letra<sup>15</sup>, a la que no se le debe dar un sentido que ponga en pugna sus disposiciones, sino uno que las concilie y conduzca a una integral armonización de sus preceptos<sup>16</sup>, para lo cual deben superarse eventuales imperfecciones técnicas en la redacción del texto legal, en procura de una aplicación racional<sup>17</sup>. Al respecto, la Corte señaló también que el principio de legalidad exige priorizar una exégesis restrictiva dentro

<sup>13</sup> A modo de ejemplo, cabe mencionar los cambios que se produjeron en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en lo atinente a la aplicación de la garantía de retroactividad de la ley penal más benigna en el marco de procesos seguidos por infracciones a la Ley Penal Cambiaria. Ello así, desde que originalmente, en los precedentes “Ayerza” (Fallos: 321:824 —con disidencia del doctor Petracchi—) y “Argenflora” (Fallos: 320:763), el máximo tribunal había establecido que dicho principio no resultaba de aplicación a la normativa administrativa (Comunicaciones del Banco Central de la República Argentina) que venía a completar el tipo penal “en blanco” establecido en el art. 2º de la Ley 19.359 (sancionada el 9/12/1971, publicada en el BO el 10/12/1971). Criterio que vino a modificarse en los fallos “Cristalux” (Fallos: 329:1053) y “Docuprint” (D.385 XLIV Rex, rta. el 28/7/2009), en los que se determinó que sí correspondía aplicar dicho principio a partir de las modificaciones operadas en las normas reglamentarias.

<sup>14</sup> Cfr. SOLER, Sebastián: *Derecho Penal argentino*, Tea, Buenos Aires, 1978, T. I, pág. 186 (énfasis añadido).

<sup>15</sup> Fallos: 304:1820; 314:1849.

<sup>16</sup> Fallos: 304:1820; 314:1849.

<sup>17</sup> Fallos: 306:940; 312:802.

del límite semántico del texto legal, en consonancia con el principio político criminal que caracteriza al derecho penal como la *ultima ratio* del ordenamiento jurídico, y con el principio *pro homine* que impone privilegiar la interpretación que más derechos acuerde al ser humano frente al poder estatal<sup>18</sup>.

De conformidad con estos parámetros, se advierte una primera diferencia, que determina que resulte más benigno el tipo penal originario, frente al incorporado en la Ley 26.683. Ella reside en la ampliación del alcance del tipo penal para comprender también a la conducta de quienes llevan adelante maniobras de lavado para disimular el origen ilícito de fondos provenientes de un delito *que ellos mismos contribuyeron a cometer*. Vale recordar, en tal sentido, que el (hoy derogado) art. 278.1. del C.Pen. contenía una cláusula que establecía que sólo podía perseguirse penalmente (por el delito de lavado de activos) a quien realizara alguno de los verbos típicos contemplados en la norma con fondos provenientes de un delito del cual “...no hubiera participado”, incorporada por el legislador originario *en contra* de las recomendaciones del GAFI/FATF y otros organismos internacionales en tal sentido<sup>19</sup>.

La incorporación de la posibilidad de reprimir el “autolavado” (esto es, el reciclaje de fondos provenientes de un ilícito en el que el lavador *también* intervino) encuadra en la primera de las categorías mencionadas por SOLER y —por consiguiente— obsta a la aplicación retroactiva del art. 303.1. del C.Pen. a conductas que si bien constituyen, materialmente, acciones de blanqueo, fueron llevadas a cabo con anterioridad a la entrada en vigencia de la ley 26.683. Ello, toda vez que la realización de esta clase de maniobras respecto de bienes o fondos provenientes de un delito propio del lavador, constituía un accionar, hasta ese momento, atípico.

Ingresando al análisis de las conductas perseguidas en uno u otro tipo penal (más allá de la alcanzada por la cláusula mencionada precedentemente), se advierte que no existen diferencias entre éstas en lo atinente a los verbos típicos específicos (convertir, transferir, administrar,

---

<sup>18</sup> Cfr. Recurso de hecho A. 2186. XLI, “Acosta, Alejandro Esteban s/ infracción art. 14, 1° párrafo ley 23.737 —causa n° 28/05—”, rta. el 23/04/08, considerando 6°.

<sup>19</sup> Cfr. MEINCKE, María José: “Ley 25.246 de Lavado de Activos de Origen Delictivo: Comentada”, ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2006, pág. 24/25 (énfasis añadido). Así, por ejemplo, el Reglamento Modelo de la CICAD (Comisión Interamericana para el Control del Abuso de Drogas) prevé en su art. 2º, apartado 6), que “Los delitos tipificados en este artículo, serán investigados, enjuiciados, fallados o sentenciados por el tribunal o la autoridad competente como delito autónomo de los demás delitos de tráfico ilícito, u otros delitos graves.”.

vender y gravar), que aparecen tanto en el art. 278.1 como en el 303.1., aunque en el nuevo tipo penal se añadió también el vocablo “disimular”<sup>20</sup>.

Así las cosas, la principal diferencia en orden a esta cuestión podría darse en el supuesto de que el accionar del imputado no encuadrarse en alguno de los verbos típicos específicos incluidos en el tipo penal (convertir, transferir, administrar, vender y gravar), lo cual tornaría aplicable (en el marco de una imputación por el derogado art. 278.1 del C.Pen.) la fórmula genérica “aplicara de cualquier otro modo”. Ello así, desde que dicha fórmula fue reemplazada, en el art. 303.1 C.Pen, por otra que reza: “de cualquier otro modo *pusiere en circulación* en el mercado”. Sin embargo, esa diferencia no es tal, ya que en la práctica del lavado de activos, para “aplicar de cualquier modo” fondos o bienes de origen ilícito es necesario, en casi la totalidad de los supuestos imaginables, “ponerlos en circulación en el mercado”. De otro modo, no habría forma de que dichos fondos o bienes “adquieran la apariencia de un origen lícito”, según exigía el tipo penal tanto en su redacción anterior como en la actual.

Otro tema a considerar es el que se deriva de la modificación operada en el texto del tipo penal del lavado de activos en punto al monto mínimo que debe involucrar la operación de reciclaje reprochada para ser punible. En orden a ello, el (derogado) art. 278.1.a) del C.Pen. establecía que la conducta era típica siempre y cuando “...su valor *super[ase] la suma de cincuenta mil pesos (\$ 50.000), sea en un solo acto o por la reiteración de hechos diversos vinculados entre sí*”. Mientras que en el art. 303.1 del código de fondo, actualmente vigente, se elevó dicho monto a trescientos mil pesos (\$ 300.000).

Así las cosas, y más allá de la discusión sobre sí los referidos montos constituyen un elemento del tipo o una condición objetiva de punibilidad, la cuestión radica en determinar si el aumento del monto previsto en el tipo penal redundaba en la atipicidad de los hechos cometidos con anterioridad a la reforma operada por la ley 26.683 que sobrepasaban la cifra prevista en el art. 278.1.a) pero no superan la establecida en el art. 303.1 del C.Pen.

---

<sup>20</sup> FRANCISCO D’ALBORA (por lo general, crítico de los verbos típicos utilizados tanto en el viejo tipo penal de lavado de activos como en el nuevo), objetó la inclusión del término “disimular” en la descripción de las conductas alcanzadas por la figura legal en estudio. Destacó, al respecto, que “disimular” como verbo típico cubre tanto la simulación o engaño como desentenderse del conocimiento de una cosa o tolerar o disculpar un desorden afectando ignorarlo o no dándole importancia. Y puntualizó que tratándose de una conducta cuya comisión se conmina con una pena de hasta diez años de prisión, resulta demasiado laxa (cfr. Aut. cit., “La nueva ley de lavado de dinero”, en ElDial.com, Editorial Albremática, Junio 2011 (documento informático). En lo personal, entiendo que el término “disimular” cumple una función fundamental dentro del tipo penal del art. 303.1 del C.Pen., aunque probablemente no sea ello lo que haya pretendido el legislador al incluirla. Ver, al respecto, lo señalado *Infra* (nota N° 65).

En este sentido, la situación resulta equiparable a la que se verificó respecto de la ley 24.769<sup>21</sup> (Ley Penal Tributaria), la cual contiene una serie de tipos penales que —al igual que ocurre con el que reprime el lavado de activos— incluyen un límite mínimo (conformado por un monto dinerario fijo) que debe ser rebasado para que la conducta descripta en la figura resulte punible. Dicha ley sufrió sucesivas reformas legales —producto de la sanción de las leyes 26.063<sup>22</sup> y 26.735<sup>23</sup>— siendo que una de las principales modificaciones introducidas a la ley penal tributaria consistió en el incremento de los pisos de punibilidad. Es así que en la última de las reformas mencionadas se determinó que en casi todos los tipos penales, los montos específicos se multiplicaran por cuatro (con la sola excepción del art. 9º, que había tenido una adecuación con anterioridad<sup>24</sup>).

Estas modificaciones suscitaron la duda sobre si el incremento de los montos establecidos como condición para la operatividad del reproche penal consagraba un supuesto de retroactividad de la ley penal más benigna, que determinaba la obligada aplicación de la ley posterior a conductas cometidas con anterioridad a su entrada en vigencia y, en consecuencia, la atipicidad de dichas conductas en aquellos casos en los que los montos de la evasión no superasen los previstos en los tipos penales reformados. O sí, por el contrario, existía alguna excepción al principio citado, que habilitase la ultra-actividad de la norma vigente al momento de cometerse el hecho, aun cuando esa no resultase más benigna para el imputado en comparación con la dictada posteriormente.

Al respecto, SGRO explica que una parte de la doctrina y la jurisprudencia ha justificado una excepción a la regla de la aplicación retroactiva de la ley penal más favorable, afirmándose que no puede operar cuando, al momento del hecho, era aplicable a éste una ley *temporal o excepcional o de emergencia*, bajo el argumento de que en esos supuestos, si aquélla se aplicara, nadie observaría la ley en la certeza de que, en el futuro, el infractor se beneficiaría necesariamente, en forma retroactiva, de una ley más favorable y resultará impune, de modo que las normas vigentes al tiempo del hecho carecerían de eficacia para el fin perseguido en el momento en que fueron dictadas<sup>25</sup>. La distinción entre uno y otro supuesto radicaría, de

---

<sup>21</sup> Sancionada el 16/12/1996, publicada en el BO el 15/1/1997.

<sup>22</sup> Sancionada el 9/11/2005, publicada en el BO el 9/12/2005.

<sup>23</sup> Sancionada el 22/12/2011, publicada en el BO el 28/12/2011.

<sup>24</sup> Cfr. BERTAZZA, Humberto J. / MARCONI, Norberto J.: “El aumento de los pisos de punibilidad y la aplicación de la ley penal más benigna”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, La Ley, Buenos Aires, Volumen: 2012-5, págs. 228 a 233. Pág. 228 (notas omitidas).

<sup>25</sup> Cfr. SGRO, Marcelo A.: “La sentencia dictada en el caso ‘Palero’ y el principio de la retroactividad de la ley penal más benigna”, en AAVV, *Jurisprudencia penal de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, Hammurabi, Buenos Aires, 2006, Volumen: 11, págs. 101/111. Pág. 104 (énfasis añadido).



conformidad con esta postura, en interpretar que cuando el legislador cambia una ley permanente, estaría reconociendo que “estuvo mal” considerar al hecho como un delito, o castigarlo tan duramente; mientras que cuando se cambia o deroga una ley *temporal* lo único que se reconoce es que lo que estaba bien *mientras duraba una determinada coyuntura* ya no lo está cuando cambian las circunstancias fácticas que justificaron la sanción de la norma. No hay, por ende, un cambio axiológico<sup>26</sup>.

SGRO destaca también que incluso las leyes con aspiración de permanencia pueden reformarse en ocasiones, no porque el legislador modifique su valoración precedente sobre el hecho alcanzado por ella, sino porque las circunstancias fácticas cambiaron y la correcta realización del mismo valor expresado por la ley anterior requiere un ajuste del texto legal, a fin de seguir alcanzando sólo conductas aproximadamente equivalentes a las que se pretendieron alcanzar, también, con la ley precedente<sup>27</sup>.

Sin embargo, la existencia de esta excepción al principio de la retroactividad de la ley penal más benigna no fue aceptada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (o, al menos, no en lo atinente al régimen penal tributario), puesto que en el precedente “Palero, Jorge Carlos” (Fallos: 330:4544<sup>28</sup>), el máximo tribunal expresó, con remisión al dictamen del Procurador General de la Nación, que “...resulta[ba] aplicable al caso en forma retroactiva [la ley 26.063], en tanto que la modificación introducida importó la desincriminación de aquellas retenciones mensuales menores a dicha cifra, entre las que se incluyen las que conformaron el marco fáctico original de la pena impuesta al apelante que, de ser mantenida, importaría vulnerar aquel principio receptado en los tratados internacionales con jerarquía constitucional a las que se ha hecho mención (Fallos 321:3160; 324:1878 y 2806 y 327:2280)”. Asimismo, el Procurador General de la Nación recordó que conforme la doctrina sentada por la propia Corte, “...los efectos de la benignidad normativa en materia penal ‘se operan de pleno derecho’, es decir, aun sin petición de parte (Fallos 277:347; 281:297 y 321:3160)”.

La tesis adoptada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación reflejó la postura de un sector mayoritario de la doctrina nacional, que entiende que la presencia del adverbio de cantidad “siempre” en el texto del art. 2 del C.Pen. no deja margen a una interpretación que dé cabida a excepciones<sup>29</sup>. Al respecto, DÍAZ CANTÓN explica que la cuestión acerca de si

<sup>26</sup> Cfr. SGRO, Marcelo A.: “La sentencia dictada en el caso ‘Palero’...”, cit., pág. 105 (énfasis añadido).

<sup>27</sup> Cfr. SGRO, Marcelo A.: “La sentencia dictada en el caso ‘Palero’...”, cit., pág. 109.

<sup>28</sup> Rta. el 23/10/2007.

<sup>29</sup> Cfr. DÍAZ CANTÓN, Fernando: “Reforma de la ley penal tributaria y aplicación de la ley penal más benigna” en La Ley, Revista Jurídica Argentina, La Ley, Buenos Aires, Volumen: 2012-C, págs. 981/989. Pág. 982. El propio SGRO parece coincidir con dicha postura, en cuanto destaca que desde el punto de vista gramatical, el enunciado



corresponde, o no, aplicar retroactivamente la ley penal más benigna en cada caso concreto debe hacerse atendiendo al principio *pro homine*. Este indica —según explica PINTO— que se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones al ejercicio de derechos<sup>30</sup>. En tal contexto, y habida cuenta que el beneficiario de la garantía en juego es el individuo señalado como infractor de la ley penal, queda claro que es a su respecto que debe interpretarse del modo más extensivo posible el adverbio “siempre” contenido en el art. 2 del C.Pen. y aplicar en todos los casos, sin excepción alguna, la ley penal más benigna<sup>31</sup>.

Sin embargo, la controversia volvió a resurgir con motivo de la entrada en vigencia de la Ley 26.735, que —al igual que su predecesora, la Ley 26.063— elevó los montos previstos en los tipos penales contenidos en la ley 24.769. Ello así, desde que en dicha ocasión, la Procuración General de la Nación modificó su postura anterior (o la relativizó), a través del dictado de la Resolución PGN 5/2012 (del 8/3/2012). Allí, el —por entonces— Procurador General de la Nación, Esteban RIGHI, destacó que era necesario “...precisar la doctrina de [esa] Procuración General en materia de la aplicación del principio de retroactividad de la ley penal más benigna”, a efectos de evitar lo que calificó como una “...aplicación mecánica y ciega de lo decidido en ‘Palero’ a casos para los que no corresponde esa solución”.

Sobre el punto, el Procurador reconoció, en los considerandos de la resolución citada precedentemente, que “[la] variación de los montos que fijan las fronteras de la punibilidad ha generado una expectativa de impunidad entre los imputados por delitos de la Ley Penal Tributaria cometidos con anterioridad a la vigencia de la nueva ley y por montos que excedían los mínimos del régimen original pero que no superan los mínimos del nuevo, mediante la aplicación retroactiva de la nueva ley que, en ese aspecto, resultaría más beneficiosa. En parte, esa expectativa se funda en una lectura desafortunada del precedente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación dictado in re “Jorge Carlos Palero” (Fallos: 330:4544) —en el que se aplicó retroactivamente la regla de la ley 26.063 que modificó el artículo 9 de la ley Penal Tributaria aumentando de cinco mil pesos a diez mil pesos el monto mínimo a partir del cual el delito de apropiación indebida de recursos de la seguridad social era punible— según la cual la doctrina de esa decisión daría fundamento a un derecho a la aplicación retroactiva mecánica de toda le y

---

normativo del principio de retroactividad de la ley penal más benigna no parece ofrecer suficiente apoyo para una excepción a su aplicación en ningún caso (cfr. aut. cit., “La sentencia dictada en el caso ‘Palero’...”, cit., pág. 109).

<sup>30</sup> Cfr. PINTO, Mónica: “El principio *pro homine*, Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos” en AAVV, *La aplicación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos por los tribunales locales*, Del Puerto, Buenos Aires, 1997, págs. 163/171. Pág. 163.

<sup>31</sup> Cfr. DÍAZ CANTÓN, Fernando: “Reforma de la ley penal tributaria...”, cit., págs. 982/983.

---

*que aumenta los montos mínimos a partir de los cuales son punibles delitos como los de la Ley Penal Tributaria”.*

Con relación a ello, defendió —con sustento en lo expresado al dictaminar en el precedente “Torea, Héctor” de la C.S.J.N. (Fallos: 330:5158)<sup>32</sup> — la postura según la cual el principio de retroactividad de la ley penal más benigna sólo es aplicable cuando la nueva norma es expresión de un “cambio en la valoración” de la clase de delito que se imputa. Esto es: que las penas no se impongan o mantengan cuando la valoración social que pudo haberlas justificado en el pasado se ha modificado, de modo que lo que antes era reprochable ahora no lo es, o no lo es tanto. En este orden de ideas, destacó que la discusión parlamentaria de la ley 26.735 “...no deja dudas acerca de que la intención de los legisladores [...] fue la de actualizar esas sumas a fin de mantener el objetivo perseguido con la adopción de la ley 24.769 en 1997, a saber, el de limitar la persecución penal por los delitos tributarios a aquellos que superan cierto umbral de valor económico”, motivo por el cual la reforma no genera un derecho a su aplicación retroactiva.

A la vez, el Procurador señaló que la conclusión mencionada arriba no contradecía la doctrina sentada por la C.S.J.N. en “Palero”, toda vez que en los antecedentes parlamentarios no indican que la modificación del artículo 9 de la Ley 24.769 que introdujo la ley 26.063 haya estado dirigida a actualizar la suma original para compensar la depreciación monetaria (lo cual, según entendió el Procurador, obligó a la Corte a interpretar que la variación del monto correspondía al interés del Congreso de reducir el conjunto de hechos punibles alcanzado por la regla); mientras que en la discusión parlamentaria de la ley 26.735 sí se explicitó que ése era el propósito de la reforma<sup>33</sup>.

---

<sup>32</sup> En dicha ocasión, el Procurador General de la Nación entendió que la variación de las leyes de prescripción de la acción penal “...que sólo expresan la decisión del Estado de auto-limitarse hacia el futuro aún más en el tiempo en el ejercicio de la persecución penal” no generan un derecho a su aplicación retroactiva cuando un nuevo cómputo de la prescripción con arreglo a la nueva ley resultaría favorable al imputado en su caso concreto, precisamente porque tales leyes “no traducen un cambio en la reprobación social del hecho”.

<sup>33</sup> Considero que no es tan claro, no obstante la finalidad declarada de la reforma, que el legislador no haya anticipado (o incluso pretendido) que la ley 26.735 se aplicase retroactivamente. Vale tener presente, sobre el punto, que tal como recuerda el propio Procurador, el proyecto presentado por el PEN incluía una regla (de dudosa constitucionalidad, vale aclararlo) que hacía explícito que el monto fijado como condición objetiva de punibilidad en los distintos ilícitos contemplados en la norma no daría lugar a la aplicación del principio de ley penal más benigna, y disponía que en los hechos cometidos con anterioridad a la entrada en vigencia de la nueva ley se aplicarían los montos vigentes a la fecha de su respectiva comisión; y que esta cláusula fue excluida del texto legal finalmente sancionado. Recuérdese también que aunque no se discutieron expresamente en el Congreso los motivos de dicha exclusión, en la única mención al asunto se dio por sentado que la adopción de los nuevos montos tendría como consecuencia la liberación de todos aquellos que están imputados por haber cometido evasiones inferiores al monto nuevo en virtud de la aplicación retroactiva de la ley penal más benigna. En virtud de ello, y

Finalmente, se destacó en los considerandos de la Resolución en trato que *“...al caso de la actualización de los montos mínimos de la Ley Penal Tributario le es aplicable, mutatis mutandi, la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en materia de actualizaciones de las sumas previstas como pena de multa”*<sup>34</sup>. Ello así por cuanto, del mismo modo en que —según el criterio del máximo tribunal de la República— la actualización de una multa no expresa una valoración negativa o agravatoria del comportamiento al que se asigna esa pena, sino la pretensión de mantener constante una forma de trato punitivo ante la variación del valor de la moneda, la actualización de los montos mínimos no expresa una revaloración positiva o liberatoria del delito al que esos montos corresponden, sino la intención de mantener constante el valor económico real a partir del cual un ilícito fiscal es punible.

La postura del Procurador fue receptada, asimismo, en el voto en disidencia emitido en el fallo *“Di Leva, Norman s/ recurso de casación”* de la Sala III de la Cámara Federal de Casación Penal<sup>35</sup>, en el cual el doctor RIGGI señaló que *“...la modificación operada en los montos dinerarios del artículo 1° de la ley penal tributaria vía la sanción de la 26.735, no vuelve a ésta una ley penal más benigna en los términos del art. 2° del código sustantivo”*. Con relación a ello, el magistrado destacó que debía distinguirse entre un escenario en el que *“...existe convertibilidad, y lo más importante aún, plena estabilidad, y en esa coyuntura se da el dictado de una nueva norma que suba el umbral económico exigible; caso que, inequívocamente, se traduce en una ley penal más benigna”*; de aquél en el cual *“...el aumento de los montos de la ley penal tributaria tuvo lugar a consecuencia de la actualización que se llevó a cabo con el fin de compensar la depreciación sufrida por la moneda desde la sanción de la ley 24.769 fijando así las barreras de punibilidad, siendo estas cuestiones de política criminal que variaron y que —por ende— no tienen impacto*

---

siguiendo el criterio según el cual la inconsecuencia no puede presumirse en el legislador (Fallos: 310:195), parece claro que si el legislador excluyó del texto final la cláusula con la cual se pretendía evitar la aplicación retroactiva de la ley penal, *a sabiendas* de que ello redundaría en que —justamente— la ley 26.735 terminase aplicándose a casos anteriores a su entrada en vigencia, determinando su atipicidad, es porque esa —y no otra— era su intención.

<sup>34</sup> El Procurador se refirió, específicamente, al precedente de Fallos: 315:923, en el que la Corte expresó que la prohibición constitucional de leyes penales *ex post facto* no alcanza a las disposiciones legales que reajustan el monto de las multas, pues ellas no hacen la multa más onerosa, sino que mantienen el valor económico real de la moneda frente a su progresivo envilecimiento. También a lo manifestado en Fallos: 319:2174, donde se dijo que la no actualización de la multa sería violatoria de la igualdad que prescribe el art. 16 de la Constitución, ya que el sacrificio económico impuesto a quienes hubieran cometido el mismo hecho en igual época variaría en relación con las oscilaciones del valor de la moneda.

<sup>35</sup> Causa N° 14619, Reg. N° 1842/12, rta. el 20/12/2012.

---

sobre el tipo penal, por lo que mal podríamos decir que corresponde aplicarla retroactivamente”<sup>36</sup>.

Por añadidura, el doctor RIGGI citó, en sustento de su posición, lo expresado por VIDAL ALBARRACÍN<sup>37</sup> en cuanto distinguió entre elementos “permanentes” y “accidentales” del tipo penal, destacando que estos últimos “...tienen categoría de elementos del tipo con referencia a un momento determinado, pues son coyunturales. Ello significa que se cristalizan y poseen esa entidad en un momento, que es el de la comisión de la infracción. Son valorados en ese contexto, por eso es que son accidentales”, concluyendo que “[s]i la nueva ley modifica sólo esos elementos, no es aplicable como más benigna, pues la infracción se consumó y, al no cambiar la concepción jurídica o fundamento de su punibilidad, el tipo permanece intacto”. Criterio que, a juicio del tribunal, fue compartido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente “Argenflora” (Fallos: 320:763).

No obstante ello, la jurisprudencia se inclinó, mayoritariamente, por sostener que el criterio sentado en precedente “Palero” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación resultaba de aplicación, también, a las controversias suscitadas por la reforma operada en la ley 26.735. Si bien la propia Corte no se pronunció sobre la cuestión, sí lo hizo la Cámara Federal de Casación Penal, que en reiterados fallos sostuvo dicha postura<sup>38</sup>. De igual manera, la jurisprudencia de los tribunales inferiores también se inclinó por la procedencia de la aplicación del principio de la ley penal más benigna, por no alcanzarse los umbrales de punibilidad. Así, se registraron fallos en tal sentido tanto en la primera instancia como en la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico (ambas salas), en la Cámara Federal de Apelaciones de Rosario y en la Cámara Federal de Apelaciones de San Martín<sup>39</sup>.

<sup>36</sup> El doctor RIGGI adoptó idéntico criterio al resolver en las causas N° 15.971 “Zini, Vicente y otros s/recurso de casación” Reg. N° 1376/12, rta. el 28/9/12 y N° 15.967 “Kruger, Hugo Alberto s/recurso de casación” Reg. N° 1632/12, rta. el 20/11/12.

<sup>37</sup> En: *Delitos Aduaneros*, Mave, Buenos Aires, 2004, págs. 256/259.

<sup>38</sup> Ver, entre otros, los precedentes de la Sala III *in re*: “Luna, Jorge Cecilio y otro s/recurso de casación” (causa N° 15.973, Reg. N° 1409/12, rta. el 05/10/12) y “Ochagavía, Alberto Antonio s/recurso de casación” (causa N° 15970, Reg. N° 1924/12, rta. el 28/12/2012); y de la Sala IV *in re*: “Porcel, Raúl s/recurso de casación” (causa N° 10149, Reg. N° 185/12, rta. el 29/2/2012), y “Asrin, Alejandro y otros s/recurso de casación” (causa N° 11823, Reg. N° 1233/12, rta. el 13/7/2012); entre otros.

<sup>39</sup> Cfr. BERTAZZA, Humberto J. / MARCONI, Norberto J.: “El aumento de los pisos de punibilidad...”, cit., págs. 229/230 (notas omitidas). Los autores hacen referencia al fallo “Lin Huishui” del Juzgado Nacional en lo Penal Tributario N° 3 (rta. el 9/1/2012); a los fallos “He Zu Quiang” (rta. el 16/5/2012) y “Jafeguard SRL” (rta. el 10/2/2012) de las Salas “A” y “B”, respectivamente, de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico; al precedente “Agropecuaria Ravillani SRL y Ravani, José Augusto” de la Sala “B” de la Cámara Federal de Apelaciones de Rosario

A nivel doctrinario, la tesis de la Procuración General de la Nación también fue objeto de cuestionamientos. Y ello, sin perjuicio de reconocer que —tal como se sostuvo en la Resolución PGN 5/2012— la modificación de los montos en la Ley 26.735 obedeció a la falta de adecuación de los importes ante el proceso inflacionario vivido en nuestro país, con lo que el legislador intentó a través de ello, recomponer los importes respectivos<sup>40</sup>.

En tal contexto, se criticó el intento del Procurador de diferenciar los fines de esta última reforma de los de la operada por la ley 26.063, apuntándose que dicho intento partió de una deficiente lectura de los antecedentes parlamentarios de la primera reforma, que indican claramente que, a diferencia de lo sostenido en la Resolución PGN 5/2012, efectivamente existen evidencias legislativas que indican que el motivo de la variación del monto fue la necesidad de su actualización<sup>41</sup>.

De ello se sigue que tanto en una reforma como en la otra, la modificación de los montos previstos en la Ley Penal Tributaria no se debió a un reconocimiento del legislador de que había incurrido en un “error” en la fijación de los topes originariamente incluidos en la ley 24.769, sino que lo que se pretendió en dicha oportunidad fue alcanzar con la pena hechos *aproximadamente equivalentes* (en su gravedad) a los que pretendían alcanzarse por la ley precedente, a la vez que excluir de la punición hechos también equivalentes a los que se hallaban excluidos del tipo por la ley anterior<sup>42</sup>.

No obstante ello, cabe señalar que aun en el supuesto de que del debate parlamentario hubiese surgido una divergencia entre los fines perseguidos con una y otra reforma, la postura sostenida en la Resolución PGN 5/2012 sería igualmente inaceptable, ya que al ligar la aplicación del principio de retroactividad de la ley más benigna al análisis de los fundamentos expresados por el legislador en la discusión parlamentaria de eventuales reformas penales, relativiza en

---

(rta. el 17/12/2012); y al fallo “Aranguren, Ricardo y otros” de la Sala II de la Cámara Federal de Apelaciones de San Martín (rta. el 13/3/2012).

<sup>40</sup> Cfr. BERTAZZA, Humberto J. / MARCONI, Norberto J.: “El aumento de los pisos de punibilidad...”, cit., pág. 228.

<sup>41</sup> Cfr. DÍAZ CANTÓN, Fernando: “Reforma de la ley penal tributaria...”, cit., pág. 983. En efecto, de la versión taquigráfica del debate ocurrido en la Cámara de Diputados sobre la ley 26.063 se desprende que al discutirse el tema del “monto”, la diputada Rosario Margarita Romero manifestó que “...en el texto original se hablaba de cinco mil pesos, y en la Comisión de Legislación Penal se debatió y se consideró que debía aumentarse a diez mil pesos, agregando que”...cuando este año debatimos anteriores reformas a la Ley 24.769 algunos señores diputados también habían planteado que en materia de evasión tributaria los montos habían quedado desactualizados y era necesario incrementarlos” (Versión taquigráfica de la 22ª Reunión, 9ª Sesión Ordinaria, 31/8/2005; 23ª Reunión, 9ª Sesión Ordinaria, 7/5/2005, citada por SGRO, Marcelo A.: “La sentencia dictada en el caso ‘Palero’...”, cit., pág. 107).

<sup>42</sup> Cfr. SGRO, Marcelo A.: “La sentencia dictada en el caso ‘Palero’...”, cit., pág. 108 (notas omitidas, énfasis en el original).

demasiada la vigencia de las garantías constitucionales previstas en los arts. 9 de la CADH y 15 del PIDCyP, cuya efectiva vigencia sólo se resguarda adecuadamente cuando —como establece en el art. 2° del C.Pen. — se las aplica “siempre”.

En tal sentido, ORCE y TROVATO afirman que lo que las discusiones parlamentarias digan sobre qué es lo que hace la norma es irrelevante, ya que lo que importa es *lo que realmente hace*. Por ejemplo, si en la discusión se afirma que el nuevo monto es un ajuste por depreciación, pero ésta no coincide con el parámetro elegido (como ocurrió con la reforma operada respecto de la Ley Penal Tributaria, ya que entre 1997 —fecha en la que se dictó la norma original— y la última reforma la depreciación del peso frente al dólar no había sido de cuatro veces, sino de 4,3), entonces la norma ha establecido un cambio de valoración<sup>43</sup>. Destacan también que si queda abierta al poder judicial la decisión relativa a si un cambio legislativo obedece a un cambio de valoración o no, el *principio de legalidad deja de existir* conforme se lo conoce actualmente, ya que con un poco de imaginación siempre puede argumentarse que el cambio legislativo se debió a un cambio en las circunstancias concomitantes y no en la valoración social. Concluyen señalando que el parámetro del “cambio de valoración” es incorrecto, y que su introducción deroga el principio de legalidad en su aspecto de la aplicación retroactiva de la ley penal más benigna<sup>44</sup>.

De igual manera, considero que a partir de lo que surge de la jurisprudencia actual de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (puntualmente, los precedentes “Cristalux” y “Docuprint”, reseñados *supra*<sup>45</sup>), carece de efectos legales la distinción entre elementos “permanentes” y “accidentales” del tipo penal ensayada por VIDAL ALBARRACÍN y adoptada por el juez RIGGI en sus votos.

Tampoco puede sostenerse un criterio de distinción que deje afuera de la aplicación de la ley penal más benigna a los casos de actualización por depreciación monetaria (como el que fue volcado en la Resolución PGN 5/2012), basado en la necesidad político-criminal de preservar la eficacia preventiva de la norma penal y su aplicación efectiva a los casos concretos, atendiendo a la circunstancia de que en un país que vive en un contexto inflacionario permanente, todo posible infractor sabría de antemano que podría evadir tributos por montos que superan el monto mínimo y, a la larga, en algún momento, verse beneficiado por una reforma legal que

---

<sup>43</sup> Cfr. ORCE, Guillermo / TROVATO, Gustavo F.: “Actualización de los montos mínimos de la defraudación tributaria y principio de legalidad penal.”, en *Jurisprudencia Argentina, Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, Volumen: 2012-II (Suplemento del 25-4-2012), págs. 1032/1038. Pág. 1036 (énfasis añadido).

<sup>44</sup> Cfr. ORCE, Guillermo / TROVATO, Gustavo F.: “Actualización de los montos mínimos...”, cit., pág. 1033 (énfasis añadido).

<sup>45</sup> Ver, al respecto, nota N° 14.



ajuste los montos y poder plantear la necesidad de aplicar el artículo 2° del C.Pen. durante el proceso<sup>46</sup>. Al respecto, DÍAZ CANTÓN se pregunta —con buen criterio— si es correcto que el ámbito de aplicación de la garantía se recorte en aras de fines político criminales que, según se afirma, no pueden ser cumplidos debido a una anomalía inflacionaria estructural de un país, y hacerle pagar al imputado el costo de dicha anomalía no generada por él y que lo excede por completo<sup>47</sup>. La respuesta debe ser, a mi juicio, negativa.

De igual modo debe descartarse, como argumento, la asimilación que postula la Procuración General de la Nación (en la citada Resolución PGN 5/2012) entre la modificación de los montos establecidos en los tipos penales como presupuesto para la reprochabilidad de la conducta y la de los montos de las multas previstas como sanción penal. En efecto, dicha asimilación resulta improcedente, en principio, en atención a la distinta naturaleza de los institutos afectados por una u otra modificación.

Al respecto, vale destacar que no es lo mismo ajustar —a efectos de evitar que se torne irrisoria— la entidad de la sanción correspondiente a un delito que, en sí mismo, permanece inalterado en punto a su tipificación, que modificar la descripción de qué es precisamente lo que constituye el delito (si es que se entiende que los montos son un elemento del tipo) o los requisitos exigibles para que la conducta descripta sea punible (si se lo percibe como una condición objetiva de punibilidad). En el segundo caso, la reforma determina que un acto que antes era delito, deje de serlo, mientras que en el primero, lo que era reprochable penalmente lo sigue siendo, y lo único que cambia es la intensidad de la pena con la que se reprime la comisión de dicho acto. Ello, sin perjuicio de señalar que aun en este último supuesto, la aplicación retroactiva de la ley más benigna, así como la prohibición de hacerlo con la más gravosa, deviene ineludible a la luz de lo establecido en el art. 2 del C.Pen., 9 de la CADH y 15 del PIDCyP.

Ocurre que el único criterio seguro y compatible con las garantías en juego es considerar aplicable en *todos los casos* el principio de la ley penal más benigna en leyes destinadas a regir

---

<sup>46</sup> Cfr. DÍAZ CANTÓN, Fernando: “Reforma de la ley penal tributaria...”, cit., pág. 985. Si bien este razonamiento podría trasladarse, en teoría, también a la persecución del lavado de activos —ya que en el referido contexto inflacionario un imputado podría, en principio, tener la expectativa de que el legislador reforme el tipo penal (elevando el monto mínimo) para compensar la depreciación monetaria—, en la práctica no es tan así. Ello, desde que si incluso en el caso de los delitos tributarios, la apuesta a una eventual reforma que torne atípica la conducta imputada supone un margen no desdeñable de incertidumbre, esta última posibilidad se vuelve tanto más incierta con relación a un delito como el lavado de activos, el cual, al no estar ligado con un tema tan prioritario para los gobiernos como lo es la recaudación fiscal, recibe mucho menos atención y es, por ende, menos susceptible de ser objeto de reformas por el legislador.

<sup>47</sup> Cfr. DÍAZ CANTÓN, Fernando: “Reforma de la ley penal tributaria...”, cit., pág. 986.



una situación permanente, ya sea que se entienda que la reforma obedece a que cambiaron las circunstancias concomitantes o a que hubo un “cambio de valoración” (suponiendo que una distinción así pueda ser practicable)<sup>48</sup>.

Va de suyo que esta regla general también resulta de aplicación a la normativa que rige la persecución del lavado de activos, en especial a los supuestos de lavado de activos que comenzaron a cometerse antes de que el art. 303.1 del C.Pen. reemplazase al 278.1 del mismo código como figura legal aplicable a dicha conducta, y continuaron cometiéndose (o investigándose) con posterioridad a la reforma. Ello así, desde que en tal contexto pueden existir maniobras de lavado de activos por montos superiores a los \$ 50.000 previstos en la segunda figura, pero inferiores a los \$ 300.000 contemplados en el art. 278.1 del código de fondo.

En este orden de ideas, cabe señalar que en la medida en que entre la entrada en vigencia de los tipos penales mencionados se vivió (y aun se vive) en la Argentina un proceso inflacionario, no resulta aventurado afirmar que tal como ocurrió con la Ley Penal Tributaria, la reforma de los montos en el tipo penal de lavado de activos respondió (aunque sea en parte) al propósito de excluir de la punición hechos equivalentes a los que quedaban excluidos en la ley originaria (y pasaron a estar comprendidos por la depreciación monetaria).

Así las cosas, considero que si la reforma operada mediante la ley 26.683 se dirige a adecuar los importes mínimos exigidos para considerar verificada la condición objetiva de punibilidad, con el fin de mantener una razonable proporción entre las distintas figuras típicas consideradas y la magnitud de la afectación del bien jurídico protegido en relación con el contenido de injusto de los diferentes delitos (tal como explícitamente se consignó en la discusión parlamentaria de la ley 26.735, por ejemplo), ello se vincula, estrechamente, con el *principio de lesividad*, según el cual ningún derecho puede legitimar una intervención punitiva cuando no media por lo menos un conflicto jurídico, entendido como la *afectación de un bien jurídico total o parcialmente ajeno*, individual o colectivo<sup>49</sup>.

Se advierte, por consiguiente, que si se adecuaron los límites legales previstos en el tipo penal para mantener la proporción entre la reacción penal y la entidad de la afectación al bien jurídico protegido por la norma, es precisamente porque el legislador consideró que previo a la reforma, la figura en juego estaba alcanzando —merced a la depreciación de la moneda— a conductas

<sup>48</sup> Cfr. DÍAZ CANTÓN, Fernando: “Reforma de la ley penal tributaria...”, cit., pág. 987.

<sup>49</sup> Cfr. ZAFFARONI, Eugenio Raúl / ALAGIA, Alejandro / SLOKAR, Alejandro: *Derecho Penal. Parte general*, Ediar, Buenos Aires, 2000, pág. 121 (énfasis añadido).

que no merecían reproche penal<sup>50</sup>. Esto es: que *no eran lesivas*. De lo que se sigue, a su vez, que éste modificó su postura sobre las conductas que estaban comprendidas en el ámbito de aplicación del tipo penal, toda vez que entendió que respecto a algunas de ellas, la reacción penal *ya no era proporcional a la afectación del bien jurídico*.

En tal contexto, y en caso de no aceptarse una aplicación retroactiva de la ley posterior a todos los supuestos que antes eran típicos y luego dejaron de serlo, surge la pregunta de en qué momento el fenómeno de la depreciación determinó que una evasión por cierto monto (superior al establecido en la norma derogada, pero inferior al previsto en la que la sustituyó) se tornara inocua para el bien jurídico y —por ende— no merecedora de ser sancionada con la imposición de una pena.

A modo de ejemplo: resulta claro que en el momento de entrar en vigencia la ley 24.769, una evasión de \$ 100.000 era considerada por el legislador como merecedora de reproche y que, por consiguiente —siguiendo la línea de razonamiento del Procurador— esa conducta debiera ser equivalente —en términos de reprochabilidad— a una evasión de \$ 400.000 en los días posteriores a la entrada en vigencia de la ley 26.735, en la medida en que en ambos casos se configuró una conducta que —a la entrada en vigencia de las respectivas normas— era percibida por el legislador como merecedora de pena. Ahora bien: sabemos que en el interregno entre la sanción de la ley 24.769 y la reforma operada por la ley 26.735 hubo un punto en que la depreciación de la moneda provocó que una evasión por un monto de \$ 100.000 dejara de ser dañosa para el bien jurídico, toda vez que el propio legislador reconoció ese hecho como el motivo para la reforma; lo que no se puede precisar es en qué momento se traspasó dicho umbral. De allí que resulte improcedente distinguir entre los distintos supuestos, correspondiendo —a efectos de salvaguardar las garantías constitucionales en juego— entender que a partir de la reforma se tornaron atípicas *todas* las conductas que quedaron por debajo del nuevo monto mínimo

El mismo razonamiento puede hacerse respecto de los tipos penales aplicables al lavado de activos, en especial a partir del cambio operado en la ubicación sistemática del tipo penal y la concepción respecto del bien jurídico protegido por la norma, que pasó de la salvaguarda de la “administración de justicia” (propia del delito de encubrimiento) a la del “orden económico y financiero” (propia de los tipos “puros” de blanqueo, según la caracterización de ARANGUEZ

---

<sup>50</sup> Esto también distingue a este supuesto del de la actualización de las penas de multa, ya que en este último supuesto la depreciación no impacta sobre el ámbito de aplicación del tipo penal —que se mantiene inalterado— sino en todo caso sobre su consecuencia; en tanto que en el primero, la depreciación determina que resulten alcanzadas conductas no lesivas para el bien jurídico.

SÁNCHEZ<sup>51</sup>), el cual permite inferir que la *ratio legis* del tipo penal de lavado de activos vigente en nuestro país es la represión de las conductas que resulten aptas para vulnerar (o poner en peligro) el orden socioeconómico. De lo que se sigue que la elevación del monto configurativo del tope objetivo de punibilidad de la figura, de los \$ 50.000 establecidos en el derogado art. 278.1.a) del C.Pen. al de \$ 300.000 previsto en el art. 303.1 del código de fondo, obedece al propósito de evitar la punición de conductas consideradas insignificantes (es decir, que *no ponen en peligro al bien jurídico*)<sup>52</sup>.

En cuanto al contenido del bien jurídico en trato (el orden socioeconómico o, como se lo denomina en el título XIII del C.Pen., “Orden Económico y Financiero”), cabe señalar que de lo que se trata es de la protección de los mecanismos estatales de intervención en la economía y la tutela de las instituciones básicas que permiten la producción, distribución y consumo de bienes y servicios<sup>53</sup>. Sin duda, esto puede parecer bastante alejado de aquellos bienes jurídicos cuya protección daba fundamento a la pena en el Derecho Penal “clásico” (vida, salud, libertad, propiedad, etc.). Vale recordar, sin embargo, que (en especial) en los últimos cincuenta años, el contenido de los derechos reconocidos como fundamentales no ha permanecido estático. Así, del individualismo a ultranza, que caracterizó el surgimiento del Estado de Derecho, se pasó paulatinamente a la formulación de derechos de raigambre política, social y económica (derechos de segunda y tercera generación)<sup>54</sup>, como por ejemplo el “orden socioeconómico”.

Es así que MIR PUIG sostiene que un Estado social y democrático de Derecho sólo debe amparar cómo bienes jurídicos *condiciones de la vida social*, en la medida en la que afecten a *las posibilidades de participación de individuos en el sistema social*. Y para que dichos bienes jurídicos merezcan ser protegidos penalmente y considerarse bienes jurídico-penales, será preciso que tengan una importancia fundamental. Todo ello puede verse como una exigencia del Estado social y democrático, según la cual el Derecho Penal de un Estado social no ha de ocuparse en respaldar mandatos puramente formales, valores puramente morales, ni intereses no fundamentales que no comprometen seriamente el funcionamiento del sistema social<sup>55</sup>. De

<sup>51</sup> Cfr. ARANGÜEZ SÁNCHEZ, Carlos: *El delito de blanqueo de capitales*, Marcial Pons, Madrid, 2000, pág. 401.

<sup>52</sup> Al respecto, RAGUES I VALLES (“Lavado de activos y negocios standard”, cit., pág. 625) destaca, precisamente, que puede apelarse a la insignificancia de las conducta para negar su punibilidad, como sucede con las actividades estándar en las que el valor económico de la contraprestación no es especialmente elevado.

<sup>53</sup> Cfr. BAJO FERNÁNDEZ, Miguel / BACIGALUPO SAGGESE, Silvina: *Derecho Penal Económico*, Ceura, Madrid, 2001, pág. 5 y ss.

<sup>54</sup> Cfr. CESANO, José D.: “El bien jurídico protegido en los delitos contra el orden económico”, en *La Ley*, Revista Jurídica Argentina, La Ley, Buenos Aires, Volumen: 2008-A, págs. 1073/1080. Pág. 1073.

<sup>55</sup> Cfr. MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal. Parte general* (8ª edición), BdeF, Montevideo-Buenos Aires, 2010, pág. 119/121 (citas omitidas —énfasis eliminado—).

conformidad con dichos parámetros el orden socioeconómico reúne, a mi entender, los requisitos necesarios para ser considerado un bien jurídico legítimo<sup>56</sup>.

En cuanto a la relación concreta del citado bien jurídico con los montos establecidos en los tipos penales referidos al lavado de activos, vale señalar que aunque dicho vínculo no era fácil de apreciar en lo tocante al art. 278.1. del C.Pen. —en el que la inclusión de un límite dinerario carecía de sentido en atención a la ubicación sistemática de la figura, toda vez que el mayor o menor volumen de los fondos utilizados para concretar la maniobra de reciclaje no podía incidir sobre el grado de afectación al bien jurídico “administración de justicia”—, sí lo es en el marco de la prohibición impuesta en el art. 303.1 del C.Pen. En efecto, en esta última figura legal la referida cláusula tiene sentido, desde que el riesgo para el orden socioeconómico (o el nivel de afectación) se incrementa en forma proporcional a la cantidad de dinero blanqueada.

No obsta a lo expuesto la circunstancia de que la demostración fehaciente del efectivo perjuicio al bien jurídico macrosocial en cada caso particular resulte prácticamente imposible, incluso en supuestos que se consideran sin duda merecedores de pena<sup>57</sup>. Ello, desde que sí han podido

---

<sup>56</sup> De allí que, en la actualidad, sean mayoría los autores que sostienen que el orden socioeconómico es el bien jurídico afectado por el delito del lavado de activos. Ver, al respecto: D’ALBORA, Francisco J. (h): “*Lavado de Dinero*”, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2006, págs. 18 y 72; PINTO, Ricardo M. / CHEVALIER, Ophelie: “El delito de lavado de activos como delito autónomo: normativa de la República Argentina e internacional: análisis de las consecuencias de la autonomía del delito de lavado de activos”, en *Jurisprudencia Argentina*, T. 2002-III, pág. 1350; TAZZA, Alejandro O: “El Encubrimiento y el Lavado de Activos: su modificación legal”, en *Anales de la Legislación Argentina*, T. 2007-A, pág. 1368; CERVINI, Raúl: “Evolución de la legislación antilavado en el Uruguay: Propósitos e incongruencias”, en AAVV: *El delito de blanqueo de capitales de origen delictivo. Cuestiones dogmáticas y político-criminales*, Alveroni, Córdoba, 2008, pág. 94; DIÉZ RIPOLLÉS, José Luis: “El blanqueo de capitales procedente del tráfico de drogas. La recepción de la legislación internacional en el ordenamiento penal español” en *Actualidad Penal*, Nº 32, 1994, pág. 609 y ss.; GÓMEZ INIESTA, Carlos: *El delito de blanqueo de capitales en Derecho español*, Cedecs, Barcelona, 1996, pág. 34 y ss.; ZARAGOZA AGUADO, Javier: “El blanqueo de bienes de origen criminal”, en AAVV: *Derecho Penal económico*, Manuales de formación continuada, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2001, pág.374 y ss.; CAPARRÓS, Fabián: *El delito de blanqueo de capitales*, Koler, Madrid, 1998, pág. 209 y ss.; DÍAZ-MAROTO VILLAREJO, Julio: *El blanqueo de capitales en el Derecho español*, Dykinson, Madrid, 1999, pág. 12 y ss.; PALMA HERRERA, José Manuel: *Los delitos de blanqueo de capitales*, Edersa, Madrid, 2000, pág. 277 y ss.; ARANGÜEZ SÁNCHEZ, Carlos: *El delito de blanqueo de capitales*, cit., pág. 94 y ss.; DEL CARPIO DELGADO, Juana: *El delito de blanqueo de bienes en el nuevo Código Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pág. 29 y ss.; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos: *Derecho Penal económico. Parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pág. 296 y ss.; QUINTERO OLIVARES, Gonzalo: *Comentarios a la Parte especial del Derecho Penal*, Aranzadi/Thompson, Cizur Menor, 2002, pág. 969; y BLANCO CORDERO, Isidoro: *El delito de blanqueo de capitales*, Aranzadi, Pamplona, 1996, pág. 215 y ss.

<sup>57</sup> Cfr. RAGUÉS I VALLES, Ramón: “Lavado de activos y negocios standard”, en AAVV: *Nuevas formulaciones en las ciencias penales. Homenaje al profesor Claus Roxin*, Marcos Lerner, Córdoba, 2001, Vol. 1, pág. 635.

demostrarse —según surge de varios estudios económicos<sup>58</sup>— los perjuicios ocasionados por el reciclaje de fondos a gran escala respecto en la economía de un país o una región.

La afectación al orden socioeconómico se encuentra, pues, estrechamente ligada al volumen de los fondos blanqueados en un determinado mercado o país. Al respecto, se ha expresado que la infiltración de capital de origen delictivo en el sistema financiero puede producir su infección, afectando a los intereses de los operadores y también de los particulares que depositan sus ahorros, siendo que la inyección de grandes cantidades puede trastornar su normal funcionamiento, distorsionando los factores que posibilitan prever el comportamiento futuro del mercado financiero<sup>59</sup>. También, que los ataques contra el orden económico pueden llegar a impactar sobre la moneda de los Estados, perturbando el normal funcionamiento de los mercados financieros. Ello, debido al enorme volumen de dinero que se blanquea, que permite que una acción concertada pueda tener una influencia apreciable en el tipo de cambio de las monedas nacionales<sup>60</sup>.

Es así que la vulneración al orden socioeconómico se deriva, como regla general, de la acumulación de actos de reciclaje, antes que de una o varias operaciones singulares especialmente gravosas. En consecuencia, el legislador ha establecido, mediante la incorporación de un monto dinerario como límite inferior para la reprochabilidad de las conductas descritas en el tipo penal, un sistema según el cual la lesividad se presume (*iuris tantum!*) cuando las operaciones superan el tope de \$ 300.000, mientras que lo opuesto se presume (*iure et de iure*) cuando dicha circunstancia no se verifica<sup>61</sup>.

Si bien la modificación operada en la ubicación sistemática del tipo penal de lavado de activos, así como la reconfiguración del mismo para convertirlo en una figura que persigue la

---

<sup>58</sup> Ver, al respecto, el documento del Banco Interamericano de Desarrollo titulado: “El Lavado de Dinero en Latinoamérica: ¿Que Sabemos de Él?”, disponible en [www.iadb.org/res/publications/pubfiles/pubB-2005S\\_7696.pdf](http://www.iadb.org/res/publications/pubfiles/pubB-2005S_7696.pdf); TANZI, Vito: “Money Laundering and the International Financial System”, FMI Working Paper, 1996, Pág. 2 y ss.; WECHSLER, William F.: “Follow the Money”, Foreign Affairs, Julio/Agosto 2001, pág. 41 y sts.; GILMORE, William C.: “Dirty Money The evolution of money laundering counter-measures”, Council of Europe Press, 1995, pág. 25 y sts.; y el “Global Programme Against Money Laundering”, disponible en: [www.undcp.org](http://www.undcp.org). También resulta interesante, en este sentido, el trabajo de Guilhem FABRE: “Prospering on Crime: Money Laundering and Financial Crises”, Working Paper N° 9, Centre for East and South-East Asian Studies, Lund University, Sweden. Disponible en [www.ace.lu.se](http://www.ace.lu.se).

<sup>59</sup> Cfr. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María: “El Derecho Penal bancario en España”, en Actualidad Penal, N° 48, 26/12/1994-1, Enero de 1995, pág. 901 y ss.

<sup>60</sup> Cfr. BLANCO CORDERO, Isidoro, *El delito de blanqueo de capitales*, cit., pág. 189.

<sup>61</sup> Cfr. BLANCO, Hernán: “El nuevo art. 303.1 del Código Penal y la represión de conductas neutrales” en Revista de Derecho Penal y Procesal Penal, Abeledo-Perrot, diciembre 2012, págs. 2045/2064. Pág. 2062.

*introducción de bienes de origen ilícito en el mercado legal mediante simulaciones peligrosas para el orden socioeconómico* (en lugar de la realización de acciones de encubrimiento, que afectan a la administración de justicia), permite emparentar al monto mínimo previsto en la figura con el principio de lesividad, y fundar (más allá del mandato expreso contenido en el art. 2° del C.Pen. y en los pactos internacionales de DDHH) la obligación de aplicar retroactivamente la norma que aumenta dichos montos, lo cierto es que genera, en paralelo, otro interrogante.

Este consiste, básicamente, en sí se puede afirmar que la conducta de blanquear activos según su concepción anterior (modalidad específica de encubrimiento, consistente en “aplicar de cualquier modo” fondos ilícitos, de modo que adquieran apariencia de legitimidad) fue *despenalizada* por el legislador al eliminar el tipo penal de lavado de activos previsto en el art. 278.1 del C.Pen. Siendo que, en paralelo, el legislador reprimió mediante la incorporación del art. 303.1 al código de fondo *una conducta distinta*, no alcanzada previamente: la ya mencionada introducción de fondos de origen ilícito en el mercado legal, perjudicando o poniendo en peligro el “orden económico y financiero” (Título XIII del C.Pen.).

La respuesta, según entiendo, debe ser negativa. Ello así, desde que la conducta que se busca prohibir es, en esencia, siempre la misma: el lavado de activos. Es decir, un fenómeno criminal que no ha variado en lo sustancial en el período que va desde la sanción de la ley 25.246 hasta la reforma del tipo penal introducido por aquella norma mediante la ley 26.683. Lo que se modificó, en realidad, es la valoración que hace el legislador sobre los intereses preponderantemente afectados por aquella, y los cambios en la redacción del tipo penal obedecen a ese cambio de valoración, en tanto buscan poner el énfasis en los aspectos de la conducta prohibida que vulneran el orden socioeconómico, en vez de privilegiar lo atinente a la afectación de la administración de justicia.

En efecto, se aprecia que las modificaciones operadas en el tipo penal, puntualmente el reemplazo de la expresión “aplicar de cualquier modo” por “de cualquier modo poner en circulación en el mercado”, así como el cambio en su ubicación sistemática (del título XI, denominado “Delitos contra la Administración Pública” al título XIII, titulado “Delitos contra el orden económico y financiero”) obedecen a la finalidad de desvincular a la figura de la protección de la administración de justicia y relacionarla con la de un nuevo bien jurídico que se incorporó al Código Penal: el orden socioeconómico. En igual sentido debe interpretarse la incorporación del vocablo “disimular”<sup>62</sup>, con independencia del propósito (desconocido) que pueda haber perseguido el legislador al incluirlo en el texto del art. 303.1 del C.Pen.

---

<sup>62</sup> Al respecto, entiendo también, y así lo he expresado en un trabajo anterior (ver: BLANCO, Hernán: “Luces y sombras en la nueva ley de lavado de activos”, en *Revista de Derecho Penal y criminología*, La Ley, Buenos Aires,

En vista de ello, entiendo que la situación que se verifica en lo tocante a la persecución del lavado de activos guarda cierta similitud con la que tuvo lugar con los delitos sexuales, en la medida en que con referencia a un catálogo muy homogéneo de conductas prohibidas se consideró afectado, en primer lugar, un bien jurídico (la “honestidad”) y luego otro (“la libertad sexual”<sup>63</sup>). Esta modificación importó, en su momento, un serio avance en el intento de dejar de lado la idea de protección de la honestidad sexual, entendida como moralidad sexual<sup>64</sup>. En efecto, la reforma vino a desterrar el concepto de “la honestidad” como criterio rector para el análisis de los delitos sexuales, a fin de evitar el peligro de que el estudio de las distintas figuras se viera teñido o influenciado de connotaciones de carácter moral o religioso, que llevaron siempre a confundir delito y pecado, derecho y moral<sup>65</sup>.

Con la sustitución del bien jurídico aplicable al conjunto de conductas típicas previsto en el título III del C.Pen. —que siguieron siendo, a grandes rasgos, las mismas, más allá de algunos cambios en la redacción de los tipos penales específicos, con los que se buscó lograr mayor precisión— se pretendió, entonces, resolver las incongruencias que se verificaban entre la descripción de las conductas típicas y el contenido del bien jurídico presuntamente vulnerado por su comisión.

Sobre el punto, FONTÁN BALESTRA se hacía eco de la opinión de GONZÁLEZ ROURA en cuanto a que — en el marco de una clasificación de los delitos informada por su calidad— bajo el título “delitos contra la honestidad” no deberían figurar algunos casos de violación, abuso deshonesto, rapto y corrupción de menores, dado que en dichos delitos no es una condición la honestidad de la víctima, la que muy bien puede ser —por ejemplo— una prostituta<sup>66</sup>. Lo que derivaba en que, bajo el paraguas del bien jurídico “honestidad”, podía llegar a afirmarse que si la víctima del hecho era, en efecto, una prostituta, la comisión de la conducta descrita en las figuras legales mencionadas podría resultar, aun así, atípica, por no vulnerar el bien jurídico “honestidad”, toda vez que la damnificada no era “honesta”.

---

Año I, Nº 1 (septiembre 2011), págs. 229/243. Pág. 238), que la inserción del término “disimular” en el texto del tipo penal contenido en el art. 303.1 del Cód. Penal puede resultar útil como elemento diferenciador entre las conductas que dicho tipo penal busca reprimir (esto es: maniobras de reciclaje de bienes de origen ilícito) y aquellas que aunque importan, de hecho, la efectiva “puesta en circulación en el mercado” de aquellos bienes con conocimiento (al menos eventual) de su procedencia, *no constituyen en sí mismas acciones de blanqueo*, toda vez que carecen de entidad para disimular el origen de los bienes. Más, al respecto, en BLANCO, Hernán: “El nuevo art. 303.1 del Código Penal...”, cit., pág. 2059 y ss.

<sup>63</sup> La reforma se concretó en la ley 25.087 (sancionada el 14/4/1999, publicada en el BO el 14/5/1999).

<sup>64</sup> Cfr. D’ALESSIO, Andrés José (Dir.) / DIVITO, Mauro A. (Coord.), *Código Penal de la Nación. Comentado y anotado* (2ª edición), La Ley, Buenos Aires, 2011, T. III (arts. 79/306), pág. 221.

<sup>65</sup> Cfr. D’ALESSIO, Andrés José (Dir.) / DIVITO, Mauro A. (Coord.), *Código Penal de la Nación...*, cit., pág. 222.

<sup>66</sup> Cfr. FONTÁN BALESTRA, Carlos, *Derecho Penal. Parte especial* (14ª edición), Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1995, pág. 201.



En lo tocante al lavado de activos se verificaba una situación parecida, puesto que la incorporación de un tipo penal específico de lavado de activos carecía de justificación a efectos de la protección de la administración de justicia, habida cuenta que a tal efecto ya existía la figura de encubrimiento prevista en el art. 277 del C.Pen., en cuyo tipo objetivo quedan comprendidas conductas como la receptación de bienes o fondos a sabiendas de su origen ilícito. Al mismo tiempo, la tipificación del lavado de activos como modalidad específica de encubrimiento descuidaba la protección del orden socioeconómico, y presentaba grandes problemas de aplicación, derivados de la vigencia del “privilegio de autoencubrimiento”, que se vincula a su vez con la garantía del *nemo tenetur se ipso accusare* consagrada en el art. 18 de la Constitución Nacional<sup>67</sup>. Problemas que perdieron entidad cuando se reformuló el tipo penal de lavado de activos para perseguir la introducción de fondos ilícitos en el mercado legal *mediante maniobras de simulación*, en el art. 303.1. del C.Pen.

En este orden de ideas, es preciso destacar que en el lavado de activos la cuestión de si se afecta la administración de justicia (reprimida en el antiguo art. 278) o el orden socioeconómico (sancionada en el art. 303) no surge de una diferencia en el modo en que se llevan adelante las conductas de lavado de activos (que pueda ser reflejada en un cambio en la descripción típica). Por el contrario, el accionar de los lavadores es, en cualquier caso, básicamente el mismo, y repercute en ambos bienes jurídicos, siendo que es el legislador el que pondera los niveles de afectación y la importancia relativa de los intereses en juego, para adaptar las características del tipo penal y su ubicación sistemática a efectos de salvaguardar, los más eficazmente posible, el bien jurídico cuya protección se privilegia.

Ello es así desde que el fin perseguido por los lavadores es, en todos los casos, el de eludir la acción de la justicia, lo que emparentaría —en principio— a esta conducta con la del encubrimiento, motivo por el cual fue esa concepción del lavado de activos la que prevaleció durante las primeras dos décadas de vida de los tipos penales respectivos<sup>68</sup>. Sin embargo, lo que

---

<sup>67</sup> Cfr. BLANCO, Hernán: “Errores recurrentes en la regulación de la prevención del lavado de activos en la Argentina. Consideraciones sobre el nuevo proyecto de reforma a la ley 25.246”, en Suplemento Actualidad de La Ley, La Ley, Buenos Aires, 31/8/2010, Nº 165, pág. 1 y ss.

<sup>68</sup> Así, por ejemplo, en el proyecto de ley que luego se convertiría en la ley 25.246, se justificaba la tipificación del lavado de activos como una forma de encubrimiento argumentando que con ambos delitos, lo que se busca es propinarle un “golpe financiero” a las organizaciones que delinquen. En relación con esta postura, Patricia LLERENA (“La Ley de Lavado de Dinero. Breve Marco Internacional. Legislación de la República Argentina” en Revista del Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente – ILANUD-, año 11, Nº 26, 2002) explica que la premisa es seguir el camino del dinero y confiscarlo a fin de desalentar la comisión del ilícito y privar a la organización de recursos para continuar con sus actividades delictivas, además, porque la etapa de lavado es el eslabón más vulnerable de toda la cadena de comercialización, su “talón de Aquiles”. Justamente esta concepción del lavado de activos como “talón de Aquiles” de las organizaciones

se descubrió a medida que fueron realizándose estudios e investigaciones sobre el impacto económico del lavado de activos es que dicha conducta tenía efectos reales (perniciosos) sobre la economía. En esto se sustentó el cambio en la percepción de la doctrina —y posteriormente, de los legisladores— sobre este fenómeno delictivo.

A esto se suma que en la práctica, las únicas acciones de lavado realmente lesivas son, precisamente, aquellas que tienden a encubrir u ocultar, ya que sólo las operaciones que constituyen una *simulación* provocan efectos lesivos en el orden socioeconómico. Ello así, por cuanto la afectación del mismo no se vincula con un eventual perjuicio a la integridad “moral” del sistema (por el ingreso de dinero “sucio” o mal habido), sino por la *simulación* de operaciones por parte de los lavadores, por ejemplo haciendo pasar por rentable a una operatoria comercial esencialmente ruinosa o determinando el flujo de capitales a partir de consideraciones que poco y nada tienen que ver con el estado de la economía en un lugar y tiempo determinado<sup>69</sup>.

En este sentido, corresponde aclarar que la circunstancia de que las acciones que merecen reproche penal por el delito de lavado de activos sean aquellas que tienden a encubrir u ocultar, no implica, en modo alguno, que el cambio operado sobre el tipo penal para convertirlo en un tipo de lavado “puro” (centrado en la introducción de capitales de origen ilícito en el sistema económico legal) configure un “fraude de etiquetas” destinado a permitir la punición del “autolavado”, que fuera reclamado por el Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI/FATF) y constituyó el motor político de la reforma operada por la ley 26.683<sup>70</sup>. Ello así, toda vez que —sin perjuicio de los motivos que condujeron al legislador a modificar la normativa antilavado por entonces vigente—, lo cierto es que el riesgo que se eleva por encima de lo permitido mediante la realización de estos actos es (siempre) el de la afectación del orden socioeconómico, por más que dicha afectación se concrete con la finalidad de encubrir un delito anterior<sup>71</sup>.

---

criminales es la que más virtualidad ha perdido a partir de la experiencia recogida en los últimos 20 años, que ha demostrado fehacientemente que la efectividad de los lavadores es muy superior a la de sus perseguidores, con independencia de circunstancias como el lugar donde se cometen los hechos, los medios con que cuentan los perseguidores y la normativa vigente.

<sup>69</sup> Cfr. BLANCO, Hernán: “Luces y sombras...”, cit., pág. 237.

<sup>70</sup> Al respecto, D’ALBORA explica que la sanción de la ley 26.683 tuvo lugar a sólo dos semanas de la reunión del Grupo de Acción Financiera (GAFI/FATF) celebrada en Méjico el 20 de junio de 2011, en la que iban a discutirse las conclusiones del informe sobre la tercera evaluación mutua del GAFI a la Argentina (presentado el 22 de octubre de 2010), previéndose por entonces que ellas podrían derivar en gravísimas consecuencias para nuestro país (cfr. aut. cit., “La nueva ley de lavado...”, cit.).

<sup>71</sup> En un trabajo anterior (“El nuevo art. 303.1 del Código Penal...”, cit., pág. 2058) ilustré la relación entre la finalidad de los lavadores (encubrir un delito anterior) y el bien jurídico finalmente afectado en forma

---

Lo que se sigue de todo lo expuesto es que la reforma penal operada mediante la ley 26.683 no tiene por qué impactar sobre la persecución de las personas que eran pasibles de ser responsabilizadas penalmente por aplicación del art. 278.1 del C.Pen. —esto es, aquellas que llevaron adelante conductas de lavado en beneficio de los autores de delitos generadores de fondos en cuya comisión no intervinieron—, toda vez que, como se viene diciendo, la conducta reprimida en el viejo art. 278.1 del C.Pen. y en el art. 303.1 actualmente vigente es, en esencia, la misma. Dicho de otro modo: la conducta que en su momento estuvo tipificada en el art. 278.1 del código de fondo nunca dejó de estarlo, sino que lo único que se modificó es la concepción del legislador respecto de que bien jurídico era afectado, de modo predominante, por ése accionar típico.

Lo que sí se amplió —como se explicó *supra*— es el *alcance* de la prohibición, que en la figura penal vigente al día de hoy (art. 303.1. del C.Pen.) comprende también a la conducta de quienes reciclan fondos provenientes de delitos en cuya comisión participaron. De allí que para los que actuaron de esta forma, la *nueva norma es más gravosa* y —por ende— no se les puede aplicar retroactivamente; mientras que para los que reciclaron bienes originados en un delito ajeno por montos inferiores a \$ 300.000, el *nuevo tipo penal es más benigno* y debe aplicarse retroactivamente. Finalmente, para los que lavaron el *producto del delito de un tercero por encima de los 300.000 pesos*, no existe una norma que sea más benigna que la otra y, por consiguiente, debe estarse a la regla general según la cual corresponde aplicar la ley vigente al momento de cometerse la conducta prohibida.

---

preponderante (el orden socioeconómico) con un ejemplo algo burdo: el del responsable de un delito cualquiera que para evitar ser apresado por la policía escapa con su automóvil, a toda velocidad, por una calle peatonal atestada de gente. Resulta claro que en tal contexto, la actuación del individuo tiene por finalidad eludir la acción de la justicia para no ser responsabilizado penalmente por el delito cometido con anterioridad (esto es: afectar el bien jurídico “administración de justicia”). Sin embargo, el medio empleado para lograr ese fin determina que el bien jurídico primordialmente afectado sea otro distinto: la vida y la salud de los peatones.

---