

## LA PROHIBICION DE REGRESO FRENTE AL DELITO DE “LAVADO DE DINERO”\*

Nicolás SCHIAVO\*

*“Realizar su actividad con conocimiento de sus límites y, a pesar de ello, de modo autoconsciente, es el resto humanístico que queda para la ciencia del Derecho y que debe permanecer mientras sea siquiera ciencia”<sup>1</sup>*

### I.- Introducción

El presente trabajo tiene por objeto analizar el artículo 278 del Código Penal,<sup>2</sup> en donde se encuentra actualmente tipificada la llamada figura de “lavado de dinero” o “blanqueo de capitales provenientes de un hecho ilícito”.

Del cúmulo de problemas, aspectos y matices que presenta la figura antes indicadas, aquí habremos de circunscribirnos al límite que impone, en su aplicación, la teoría de la imputación objetiva como método de restricción y clarificación de los elementos del tipo objetivo; y en particular al instituto denominado “prohibición de regreso”.

---

\*El presente trabajo se encuentra realizado como finalización del curso dado por la Dra. Patricia LLERENA, sobre lavado de activos provenientes de hechos ilícitos, en el postgrado de la Facultad de Derechos de la Universidad de Buenos Aires, en el primer semestre del año 2005.

\*\*Nicolás SCHIAVO, abogado, UBA, integrante de la cátedra de derecho penal de la UBA a cargo del Profesor Dr.Dr. Marcelo A. SANCINETTI.

<sup>1</sup> JAKOBS, *Technische oder humanistische Rechtswissenschaft?*, ¿Ciencia del derecho: técnica o humanística?, Traducción CANCIO MELIÁ, Universidad Externado de Colombia, Cuadernos de Conferencias y Artículos n° 14, p. 30, 1996, Bogotá, Colombia.,

<sup>2</sup> La redacción conforme ley 25.246 la que dispone :“Art. 278 1º a)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, gravar o aplicare de cualquier otro modo dinero y 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 adquirieran 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 hecho diversos vinculados entre sí; b)El mínimo de la escala penal será de cinco años de prisión, 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; c)Si el valor de los bienes no superare la suma indicada en este inciso, letra a, el autor será reprimido, en su caso, conforme a las reglas del art. 277. 2º (párrafo observado por decreto 370/00). 3º El que recibiere dinero u otros bienes de origen delictivo con el fin de hacerlos aplicar a una operación que les dé la apariencia posible de un origen lícito, será reprimido conforme a las reglas del art. 277. 4º Los objetos a los que se refiere el delito de los inc. 1, 2 o 3 de este artículo podrán ser decomisados.”

La restricción del objeto del trabajo no implica pasar por alto los demás problemas que presenta dicha norma, y de hecho muchos de ellos deben ser resueltos, o al menos deben tener una solución tentativa, para poder avanzar en la cuestión que aquí se trata. Es de la naturaleza del trabajo y del interés del mismo que esa selección se produzca, quien se sienta tentado de poner en el centro de la crítica a aquellos puntos parcialmente omitidos,<sup>3</sup> sólo cabe exigirle en la misma el respeto intrasistemático por el que aquí se pone especial énfasis.

Sin perjuicio de lo dicho en el párrafo anterior, y con el sólo objeto de conceptualizar a uno y el otro (el delito de lavado de dinero y el instituto de la prohibición de regreso), resulta necesario emprender un análisis, aunque breve, de cada uno de ellos. En todo caso las consecuencias expuestas deben tener la suficiente capacidad de rendimiento por aquellas otorgadas al analizar cada instituto por separado.

De forma tan sólo liminar cabe observar que la/s conducta/s descriptas en el art. 278 del Código Penal Argentino, no se encuentran definidas en su aspecto interno, sino tan solo por el resultado de un cúmulo de operaciones, englobadas finalmente en la de *“aplicar de cualquier otro modo dinero u otra clase de bienes”*. Y esta observación resulta procedente si se tiene presente que cuando se realiza una descripción acabada de la conducta concreta que se subsume en la norma, aquella no es más ni menos que una “operación financiera” lícita, que se encuentra normativizada y encuadrada dentro del “riesgo permitido” de la convivencia social.

Si se realizare un análisis amplio de los términos del tipo penal previsto en la legislación Argentina para la represión del “lavado de dinero”, se pasaría por alto que “un riesgo está permitido independientemente de la actitud del actuantes respecto del resultado”,<sup>4</sup> y por lo tanto se llegaría al extremo de anular la convivencia “financiera” social. Si por el contrario primare un concepto amplio del principio de confianza o del de “prohibición de regreso”<sup>5</sup> en el análisis de imputación objetiva del comportamiento a la tipicidad, se llegaría a la derogación tácita de la misma, pues el resultado “apariciencia de un origen lícito”<sup>6</sup> sólo podría ser alcanzado por medios permitidos, tolerados, e incluso incentivados, dentro del desarrollo normal de una sociedad capitalista.

---

<sup>3</sup> No es su resolución, pues en la disputa de si se trata de un delito de resultado, o no, aquí habrá de producirse una preferencia por la primera posición.

<sup>4</sup> ROXIN, *Bemerkungen zum Regressverbot*, publicada en *Festschrift für Herbert Tröndle zum 70. Geburtstag*, Berlín-Nueva York 1989 p. 177, traducido por SANCINETTI, *Observaciones sobre la prohibición de regreso*, en Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, Año III, Número 6, p. 31, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1997.

<sup>5</sup> Al menos en los términos en que será definido en este trabajo.

<sup>6</sup> Y en esta definición va insita la toma de posición de autor respecto de la naturaleza del tipo penal del art. 278 C.P.A. como delito de resultado.

La comprensión de los límites dados a la norma por la aplicación del principio de “prohibición de regreso”, es el objeto de interés aquí defendido, porque implica dar una interpretación racional al texto, sin perturbar el normal desarrollo de los negocios que hacen a la esencia de la sociedad en la que vivimos.<sup>7</sup>

## 2.- El delito de lavado de dinero

El llamado lavado de dinero, o “blanqueo de activos” de origen ilícito, tiene su origen en la década del 1960, al advertirse las distorsiones ocasionadas en los mercados financiero a través de las operaciones realizadas en los llamados “paraísos fiscales” o “plazas financieras *offshore*”.<sup>8</sup> Posteriormente el crecimiento económico de diversas actividades ilícitas, en particular la explosión del narcotráfico en la década de 1980, y su correlativa “guerra a las drogas”, encarnada por el presidente de los Estados Unidos de Norte América, Ronald REGAN, impusieron como política pública la búsqueda y control de los activos producidos por dichas actividades y las distorsiones financieras que provocaban. De todos modos estas llamadas distorsiones financieras, y las perjuicios concretos que la actividad del “blanqueo de capitales” provoca en el comercio mundial, no terminan de estar del todo claros,<sup>9</sup> lo que a su vez dificulta la posibilidad de definir los contornos del bien jurídico que protege la figura penal.<sup>10</sup>

En uno u otro caso, desde el punto de vista económico (no necesariamente típico), el llamado “lavado de dinero”, puede ser definido como un conjunto de operaciones reales y artificiales (por separado o combinadas), que concluyen con la

---

<sup>7</sup> Las críticas, económicas, políticas o culturales que hacen al contenido de la “sociedad en que vivimos” es un hecho aquí dejado de lado, en todo caso la frase debe ser entendida como la descripción de un estado de cosas. Las soluciones cambian cuando el estado de cosas se ve fuertemente modificado, conclusión que no resulta privativa del desarrollo económico o del delito de lavado de dinero. Piénsese el caso del delito contra la vida y su interpretación en la sociedad occidental moderna en comparación a otros períodos históricos de esa misma sociedad, o frente a un estado de guerra donde el valor vida suele ceder sobremanera en relación a otros valores considerados menores en tiempos de paz.

<sup>8</sup> PETRAS, *Dinero negro: Fundamento del crecimiento y del imperio de los Estados Unidos*, Revista El Chileno; 2001

<sup>9</sup> CAÑO TAMANO, *Blanqueo de dinero e hipocresía económica*; Centro de Colaboraciones Solidarias; España; La Insignia, 2001.

<sup>10</sup> En la Argentina, el delito de lavado de dinero se encuentra regulado en el artículo 278 del Código Penal como delito contra la administración pública, como forma particular de encubrimiento. Por otra parte algunos autores sugieren que el bien jurídico tendría que ser el “orden económico”. Esta última definición es tan vaga como los contornos de la figura misma, y ciertamente la inclusión de la figura como delito contra la administración pública no logra captar la naturaleza de la actividad que pretende ser sancionada. En todo caso esa dificultad es propia de la teoría del “bien jurídico”, lo que no hace más que demostrar el escaso aporte marginal de la misma.

legalización de los capitales cuyo origen es proveniente de una actividad ilícita, y por transición, también ilícitos.

Desde esta perspectiva, si bien es cierto que resulta sumamente complejo definir los contornos de la figura, y del bien jurídico (si es que esto último importa en algo)<sup>11</sup>, lo único que queda claro es la finalidad que se tiene por intermedio de este grupo de operaciones, que no es otro que establecer una estructura estratificada y por etapas cuyo funcionamiento tiene el sentido de dar una apariencia de origen legal a dinero que en realidad fue obtenido por la realización de hechos delictivos claramente definidos.<sup>12</sup>

Dentro del marco de definiciones de esta actividad podemos mencionar la que adopta el Grupo de Acción Financiera Internacional contra el Lavado de dinero (GAFI), para quien: "El lavado de dinero es el procesamiento de ingresos delictivos a fin de encubrir su origen ilegal". Otra definición dada por entidades dedicadas específicamente al combate de esa actividad es la dada por la Red Contra Delitos Financieros del Departamento del Tesoro de los Estados Unidos (FINCEN), para quien el delito de lavado de dinero: "*implica el encubrimiento de activos financieros de modo que ellos puedan ser usados sin que se detecte la actividad ilegal que los produce. Por medio del lavado de dinero, la delincuencia transforma los ingresos económicos derivados de actividades criminales en fondos de fuente aparentemente legal*".

Como se dijo anteriormente, es imposible comprender esta actividad general, si no se tiene presente que el "lavado de dinero" no es un acto específico, o un delito de "un solo acto", como pueden ser los llamados delitos tradicionales, sino que su configuración general (la transformación de la apariencia del origen del dinero), es un entramado de operaciones, en su mayoría legales y estimuladas por el Estado, donde intervienen numerosas personas, y que luego de varias fases, termina produciendo el resultado esperado, imposibilitando (y de allí el verdadero existo de la operación), rastrear el origen ilícito primigenio.

Estas fases importan el giro total del dinero, es así que el blanqueo de dinero entraña introducir de manera subrepticia, el dinero ilícitamente obtenido, a través de canales legítimos de negocios respetables para que la operatoria parezca normal y legal. La clasificación de estas fases que más ampliamente se encuentra desarrollada, sobre todo por el GAFI, que a tales efectos estableció las conocidas 40 recomendaciones. Las fases principales se denominan comúnmente: colocación (*placement*), ensombrecimiento (*layering*) e integración (*integration*).<sup>13</sup>

La fase de inversión o colocación se produce cuando se manejan mayormente grandes cantidades de dinero en efectivo, los cuales son ingresados, de manera

---

<sup>11</sup> Por todos, JAKOBS *¿Qué protege el derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?*, Ediciones Jurídicas Cuyo, 2001, Mendoza,

<sup>12</sup> El respecto véase la Nota Editorial, Lavado de dinero, Revista Estrategas; N°58; Buenos Aires; 2001.

<sup>13</sup> BLANCO CORDERO, *El delito del blanqueo de capitales*, Arazandi, 1997.

fraccionada, y en pequeñas sumas, a los efectos de ser canjeadas por otros instrumentos monetarios negociables. El fraccionamiento tiende a evitar los controles sobre grandes operaciones.

La fase de estratificación o ensombrecimiento se realiza por medio de una serie de transacciones financieras, de mayor o menor complejidad, con los instrumentos monetarios negociables, que tienden a borrar todo rastro de su origen, básicamente al dificultar (por la naturaleza dinámica de la transacción financiera), el seguimiento total de la operación, por parte de las autoridades.

Finalmente la se llega a la fase de integración por la cual los activos vuelven a dinero líquido que vuelve a circular en el mercado financiero, pero ahora dando cuenta de su origen a través de una operación regular, conforme aquellas que se tienen por legales.

En función que estas actividades de “lavado de dinero”, más allá de la difusa definición de su objeto y de los presuntos perjuicio que origina, lo cierto es que la mayoría de las naciones han tipificado penalmente a la misma, y adherido a tratados y organismos internacionales (en particular el GAFI), que impone la persecución de tales ilícitos.

En la Argentina hasta el día 5 de mayo de 2000, el régimen penal argentino, vigente desde el 10 de octubre de 1989, se regía en la materia por la ley 23.737, la cual criminalizaba tan solo el lavado de dinero proveniente del narcotráfico. En el art. 25 de la mentada ley, se reprimía "... al que sin haber tomado parte ni cooperado en la ejecución de los hechos previstos en esta ley, interviniere en la inversión, venta, pignoración, transferencia o cesión de las ganancias, cosas o bienes provenientes de aquellos, o del beneficio económico obtenido del delito siempre que hubiese conocido ese origen o lo hubiese sospechado. Con la misma pena será reprimido el que comprare, guardare, ocultare o receptare dichas ganancias, cosas, bienes o beneficios conociendo su origen o habiéndolo sospechado". A su vez esa disposición era complementada con el Decreto 1849/90 que creó la Comisión Mixta de Control de Operaciones relacionadas con el lavado de dinero proveniente del narcotráfico.

Sobre esa base, el Banco Central de la República Argentina, en prevención del delito, dictó normas de actuación para las entidades bancarias y casas de cambio.<sup>14</sup> Las normas en cuestión imponían a estas entidades identificar a los clientes; y discontinuar cuentas donde las partes usaban nombres ficticios; prohibir el pago en efectivo de cheques superiores a \$ 50.000 suscritos por terceras personas; informar las extracciones en cuenta y los depósitos de transacciones sospechosas, etc.

Finalmente en el año 2000 se sancionó la ley 25.246, que estableció la un delito específico de encubrimiento para el lavado de bienes provenientes de un

---

<sup>14</sup> DÍAZ, V. O., *Exégesis e interpretación del alcance de la Legislación de Lavado de Dinero*, Revista Lavado de Dinero, 2001, Bs.As, Quórum.

origen delictivo previo, no ya exclusivamente vinculado al tráfico de estupefacientes.

El Proyecto de ley registrado bajo el Nro. 25246 fue sancionado por el Congreso de la Nación con fecha 13/4/00, y fue promulgado con algunas modificaciones mediante Decreto 370/00, el 05/5/00, el que fue publicado en el B.O. el 10/5/00, comenzando a tener vigencia efectiva como Ley N° 25.246 el 22 de mayo del año 2000.

Las reformas planteadas en esta Ley, en líneas generales son las siguientes: 1.-Se modifica el Código Penal, 2.-Se deroga el art. 25 de la Ley de estupefacientes N° 23.737, 3.--Se establece un régimen Penal Administrativo, 4.--Se crea una Comisión Administrativa con funciones múltiples. (UIF)

El lavado de dinero, es en definitiva, una modalidad del delito de encubrimiento, que se configurará en los términos del art. 278, cuando el monto de los bienes o dinero de origen delictivo supere la suma de \$ 50.000 y que quedará inmerso en la posibilidad punitiva del art. 277 cuando el monto sea inferior a la referida suma.

### *2.a.- sus aspectos esenciales*

El aspecto esencial del delito de lavado de dinero es que la infracción penal esta específicamente prevista como un caso particular de encubrimiento, cuyos principios generales, *pras pro toto*, le son aplicables.<sup>15</sup>

El tipo del art. 278 requiere que se haya actuado con la disimulación de la procedencia ilícita como una “consecuencia posible” de la conducta, lo que parecería, *prima facie*, describir un delito de peligro. Pero si atendemos a las actividades típicas de lavado, y los elementos normativos del tipo, pareciera que estamos en presencia de un delito de resultado.

Entre una u otra consideración, pareciera que no debe ser confundido la exigencia del éxito del ocultamiento por disimulación, que ciertamente el tipo no requiere, con la ausencia de un resultado específico, y sobre esa base su conceptualización como delito de peligro. Por el contrario el resultado específico establecido en el art. 278 C.P., y de allí la clasificación que aquí nos parece más apropiada, esta por haber logrado el convertir, vender o grabar, aplicar de otro modo los bienes de procedencia ilícita.

En todo caso, la clasificación presenta interés particular con relación a admitir la posibilidad de la tentativa, en la medida que el proceso de conversión, venta, grabado o de aplicación de los bienes, no se haya concluido (consumación), una

---

<sup>15</sup> De tal forma esta expresamente previsto por la 25.246, siendo, entre otras equivalencias, que es idéntica la descripción del autor (los provenientes del delito “precedente” no son objeto típicos de lavado cuando la disimulación la lleva a cabo el autor o participe de aquel),.

vez realizadas las gestiones comerciales necesarias en procura de establecer relaciones jurídicas relevantes y susceptibles de causas efectos jurídicos (comienzo de ejecución).<sup>16</sup>

En cuanto a si estamos en presencia de un delito de comisión u omisión, ese distingo sólo puede tener algo de interés para quien vea a nivel de la acción alguna diferencia entre el obrar de uno u otro modo. Lo cierto es que aquí se sigue la tesis expuesta por JAKOBS,<sup>17</sup> respecto que entre la comisión y la omisión no existen diferencias normativas, no siendo posible aceptar un distingo óntico sobre estructuras formales, como los son las categorías jurídicas. Del mismo modo que para ser autor del delito en su faz omisiva se requiere que se encuentre definido su deber de garante, ello también es necesario para la comisión, en la medida que no todo es asunto de todos, sino tan sólo de aquellos que deben garantizarlo. Este traspaso del deber de garante a la comisión se hace por medio de la teoría de la imputación objetiva en la faz del tipo objetivo, conforme el instituto de la prohibición de regreso, cuestión que será oportunamente analizada, y específicamente concretada a estos supuestos delictivos.

Los delitos precedentes pueden ser cualquiera de los tipificados en el Código Penal, salvo en la comisión del propio delito de lavado.

La acción típica, pareciera ser la de procurar llevar a cabo la disimulación operando con los bienes de origen ilícito. Expresamente la ley considera dentro de esos bienes al dinero, no siendo claro el motivo de la distinción que inserta el legislador. Las operaciones de disimulación del origen ilícito de los bienes para que los mismos adquieran la “apariencia de un origen lícito”, manteniendo su significación estructural o convirtiéndolos en otros bienes, designado esto por la ley como subrogantes, se enuncian en el texto. Convertir se refiere justamente a la suplantación de los bienes ilícitos por otros que permiten aparentar que son de procedencia lícita, lo que puede ocurrir por permuta u otros negocios jurídicos de parecidos efectos. A la conversión se agregan las operaciones de administrar, vender y gravar, enumeración de simple carácter ejemplificativo ya que la norma deja abierta las posibles operaciones con la expresión “o aplicare de cualquier otro modo”. Lo que cabe apuntar al respecto es que la operación de administrar

---

<sup>16</sup> Sin este requisito de causar efectos jurídicos no es posible hablar de comienzo de ejecución. Quien pretendiendo aplicar dinero proveniente de un hecho ilícito, pretende adquirir un bien inmueble, no comete el delito de lavado de dinero, por el sólo hecho de concurrir a una finca a verla en presencia de los agentes inmobiliarios. Es recién con la firma de la seña que se crea un efecto jurídico de obligación entre las partes que permite hablar de la existencia de actos propios de conversión en los términos del tipo penal. Entiendo que no es necesaria la firma del boleto, puesto que de lo que se trata para hablar de comienzo de ejecución es de la exteriorización de la voluntad ilícita dándole un contenido comunicativo específico a la acción emprendida, lo que queda claro con la suscripción de una seña.

<sup>17</sup> Una posición sin distinciones entre acción y omisión en JAKOBS, *Derecho Penal – Parte General (Lehrbuch), Fundamentos y teorías de la imputación*, traducción de CUELLO CONTRERAS, SERRANO GONZALEZ MURILLO, 2º Edición, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1997.

mencionada por la ley es aquella que maneja los bienes de procedencia ilícita para disimularlos con su reemplazo dándole apariencia de procedencia lícita.

Para que se configure el tipo que conduce a la punibilidad conforme a la figura básica del inc. 1º del art. 278 la ley requiere que los bienes de procedencia ilícita con los que se opera superen "la suma de cincuenta mil pesos", sea en un acto de operación convertidora sea mediante operaciones plurales vinculadas "entre sí", con lo que la ley, en este último aspecto prácticamente reconoce una hipótesis de delito continuado, desplazando la constatación de un concurso real sobre la base de la reiteración. La no superación de ese valor deja como receptación u ocultación con la penalidad del art. 277 (art. 278, inc. 1º, c) lo que vendría a presentarse como figura atenuada de lavado.

Por su parte las figuras agravadas son las previstas en el mismo inc. 1º, ap. b), referidas a dos circunstancias propias del agente: habitualidad en el accionar de lavado, o actuar integrando una asociación ilícita destinada a cometer delitos de lavados.

El artículo 279 C.P. según la ley 25.246 regula situaciones particulares de punibilidad y contiene, además, una regla sobre el ámbito de vigencia de la ley penal argentina.-

Su inciso 1º aminora la autonomía del delito de encubrimiento respecto del encubierto (designado como "delito precedente") - que era tradicional en nuestro sistema-. En el sistema de la ley 25.246 dicha autonomía se restringe a la esfera de la tipicidad, pero queda excluida respecto de la punibilidad ya que la del encubrimiento en ambas figuras (la del art. 277 y la del art. 278) queda de algún modo atada a la del delito que se encubre al limitarse aquella a la de éste cuando la del último fuese menor que las penas establecidas para los delitos de encubrimiento regulados en este capítulo: en ese caso no se podrá imponer el encubrimiento del art. 277 o al lavado de activos de origen ilícito del art. 278 penas de monto superior a la fijada para el delito encubierto o que se trata de encubrir.

El inciso 2º dispone que si el delito encubierto no estuviese "amenazado con pena privativa de libertad", el encubrimiento se le aplicará una pena de multa (de \$ 1.000 a \$ 20.000) que, eventualmente se reducirá al monto que la ley fije para aquel si la misma fuese menor. Como éste inciso 2º se refiere al encubrimiento y no a "las disposiciones de éste capítulo" tal como lo hacen los incisos 1º y 4º, pareciera que en dicho inciso 2º la referencia de la norma se reduce al encubrimiento del artículo 277 dejando fuera de ella al lavado del artículo 278. Sin embargo como la misma situación podría darse respecto de ambos, no sería aquel el sentido literal del tipo del inciso 2º y tampoco el que habría intentado darle el legislador, cosa ésta última que se advierte con mayor claridad en la expresión final que menciona (para excluir de la punibilidad) la comisión culposa que se hallaba prevista en el inciso 2º del artículo 278 aunque dicha expresión fue objeto de observación por el Poder Ejecutivo.



El inciso 3º agrega la pena de inhabilitación especial en los casos de comisión de los delitos previstos por el artículo 277 y por el inciso 1º del artículo 278 para el agente que, siendo funcionario público, los hubiese cometido en el ejercicio o en ocasión de sus funciones y para el profesional o habilitado a practicar oficio reglamentado en las mismas circunstancias. La distinción entre ejercicio y ocasión indica que basta para que proceda la pena de inhabilitación que el agente se haya prevalido de situaciones de hecho en que lo hubiese colocado el cargo, profesión u oficio, aunque no hubiese empleado medios específicos proporcionados por la relación funcional del cargo, profesión y oficio. Por supuesto que la previsión del oficio refiere -insistimos- a actividades regladas por el Estado, necesitadas de habilitación para su desempeño. Cabe indicar que, en el tema, la ley no limita la penalidad a la del delito encubierto (delito precedente en su particular terminología) como ocurre con las penas privativas de libertad y de multa. La pena de inhabilitación se aplica en los tiempos fijados por el artículo 279 inciso 3º, aunque la del delito precedente prevea inhabilitación de menor entidad.-

El inciso 4º regula el ámbito de vigencia que, en principio, no implicaría la afirmación del principio de territorialidad para la vigencia de nuestra ley penal y presenta la particularidad de admitir que se pueda encubrir en nuestro país, un hecho precedente tipificado como delito en el territorio donde rige la ley extranjera, aunque en nuestro derecho no se lo prevea como delito.

### *2.b.-sus notas distintivas*

La nota distintiva del delito de “lavado de dinero” no proviene de los elementos normativos que la componen, y que en todo caso han merecido la atención que aquí cabía dispensarles, en el apartado anterior. Sino que la particularidad de este delito proviene, tiene su génesis, en un discurso posmoderno de “lucha contra el crimen”, en particular contra las “drogas”, donde se adoptó como estrategia del “combate” el neutralizar los flujos financieros que sustentan el actuar ilícito.

Como se ha expuesto en el apartado específico, esta política, sin que demostrase la eficacia pretendida, y sin que solucionare los problemas de su implementación, fue extendida hacia otras actividades ilícitas, a medida que las necesidades políticas que la prohicieron se fueron ampliando.

Así actualmente se habla del “lavado de dinero” para sustentar el “terrorismo” internacional, lo que en muchos casos importa un despropósito a elementales principios de la lógica. Ello puesto que si el proceso de lavado de dinero es la transformación de dinero proveniente de un hecho ilícito, con la apariencia de causa lícita, el mismo no podría ser útil para financiar una actividad delictiva como el terrorismo, en tanto esos aportes no son deducibles de impuestos.

La generación de divisas para financiar actividades ilegales no se declaran (blanquean), por lo cual de ser generada por medios lícitos, se sustraen al control público (evasión). A diferencia de otras actividades delictivas (narcotráfico, tráfico de personas, falsificación de productos industriales etc.), el terrorismo no genera utilidades susceptibles de ser blanqueadas.

En todo caso lo importante es comprender que bajo esta política, muchos de sus postulados no concuerdan con posiciones tradicionales del derecho penal, ni con principios constitucionales y de derechos humanos que rigen los límites del ius puniendo estatal.

Esta política ha tenido una adecuada consideración por parte de JAKOBS, como derecho penal “del enemigo”.<sup>18</sup>

Esta posición del autor alemán, ha despertado cierta polémica,<sup>19</sup> en cuanto a las soluciones que deben ser alcanzadas, pero no en lo relativo a que en los hechos se produce de manera efectiva esta política pública de un derecho penal carente de los más elementales principios normativos, constitucionales y de derechos humanos.<sup>20</sup>

Si la principal crítica, y quizá la más contundente, para aceptar el sistema propuesto por JAKOBS, es la imposibilidad de diferenciar, o de encontrar la frontera de distingo, entre “personas” y “enemigos”, lo cierto es que ni éste, ni sus críticos, podrían poner entre los segundos, a aquellas personas que en todo caso, realizan actos que son catalogados como socialmente estereotipados, y por ende beneficiosos para la convivencia social, incluso en aquellos supuestos, en que su obrar lícito importe un aporte esencial a la realización del plan de los “enemigos”.

El vendedor de los boletos del tren de atocha, la empresa de aviación cuyos aviones se estrellaron contra los edificios, el boleterero que imprimió el ticket del subte en Londres, el vendedor de una camioneta Trafic en Buenos Aires, en tanto no modifiquen los límites determinados socialmente al rol de la actividad que despliegan,<sup>21</sup> ya no pueden ser siquiera vistos como enemigos de la sociedad, sino que tampoco han de poder ser infractores de la ley, como personas en esa sociedad.

---

<sup>18</sup> JAKOBS-CANCIO MELIA, *Derecho penal del enemigo*, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2005.

<sup>19</sup> Una referencia puntual de esa polémica, aunque la respuesta es confusa y poco consistente, puede encontrarse en MUÑOZ CONDE, *De nuevo sobre el derecho penal del enemigo*, 2005, Buenos Aires, Ed. Hammurabi.

<sup>20</sup> Esta situación es reconocida por el propio MUÑOZ CONDE, ob.cit. y por CANCIO MELIA, ob.cit. un estudio particular del tema, con relación a la existencia de “enemigos” en toda etapa histórica, en ZAFFARONI, *libro homenaje a Alfonso Reyes Echandia*, Ed. Legis, Bogotá, 2005.

<sup>21</sup> En el caso del atentado a la AMIA en Buenos Aires, se discutía la imputación del vendedor por haber modificado la camioneta para que permitiera transportar el material explosivo, lo que evidentemente importa un salirse del rol y participar en el hecho delictivo.

Si la intención de la propuesta de JAKOBS, es la de defender un derecho penal liberal, frente a la avanzada del derecho penal del enemigo,<sup>22</sup> no puede caber dudas, que cualquiera sea el distingo, este tipo de conductas de “lavado de dinero”, reclaman la defensa de tratamiento hacia el sistema de derecho penal, pues caso contrario, tal cual se analizará en el apartado 3, de obrarse de modo contrario, se correría el riesgo de paralizar a la sociedad en su conjunto.

### 3.- El instituto de la prohibición de regreso

Bajo la denominación de “prohibición de regreso”, como instituto de la teoría de la imputación objetiva, en el ámbito del proceso de subsunción del caso concreto a la norma (*typus*), se ha sostenido que una comunidad de comportamientos es siempre limitada. Por lo tanto si otro se comporta incorrectamente, sólo se puede recurrir al primero, si esa comunidad también se extendiera a la conducta incorrecta, caso contrario queda excluida la responsabilidad del primero.<sup>23</sup>

Este elemental principio se fundamenta sobre dos bases. La primera de ellas es que la participación penal no es ni “ontológica” ni mucho menos “onticontológica”,<sup>24</sup> sino que debe estar despojada de definiciones naturalísticas, es decir, la verificación de si un sujeto debe responder por un hecho delictivo es una pregunta netamente normativa.<sup>25</sup>

Si la intervención en un hecho delictivo debe ser definido por el derecho y no por “la naturaleza de las cosas”, es necesario puntualizar la segunda base del instituto de la prohibición de regreso, derivada de la primera, a saber: En una sociedad compleja y estratificada no todos los asuntos son competencia de todos, es el derecho (ni los hechos, ni el conocimiento que de los mismos el agente pueda tener), el que fija quien es el competente para evitar la realización de un curso causal determinado (interrumpiendo uno existente o absteniéndose de generarlo).

---

<sup>22</sup> Situación que el propio ZAFFARONI destaca, *libro homenaje...ob.cit.*

<sup>23</sup> JAKOBS, *La imputación objetiva en derecho penal*, Trad. de Manuel Cancio Meliá Ed. Ad Hoc, Buenos Aires, 1996. p. 43. En igual sentido GÓMEZ GONZALEZ, *Participación criminal: análisis doctrinal y jurisprudencial*, Ed. Dykinson, Madrid.

<sup>24</sup> Las estructuras ontológicas se deben principalmente a WELZEL, *Derecho penal Alemán*, Ed. Jurídica de Chile, 4<sup>o</sup> Edición, 1993, Santiago de Chile, traducción de BUSTOS RAMIREZ y YAÑEZ PÉREZ, lo que llevara originariamente a ZAFFARONI, *Tratado de Derecho Penal*, Ed., T. I, Ediar, Buenos Aires, 1987, a hablar de un concepto de acción “onticontológico”, que finalmente (y afortunadamente) abandonara, al advertir que por ese camino se llegaba a establecer la afirmación de la existencia de un “delito natural”, y un inadmisibles derecho penal de autor.

<sup>25</sup> LESCH, *Die Begründung mittäterschaftlicher Haftung als Moment der objektiven Zurechnung*, ZstW (*Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*), Berlín, 1993, 105, p 271.

Todos los comportamientos sociales tienen la posibilidad de ser partes de una acción criminal mas o menos compleja, pero la sociedad admite la realización de esos comportamientos, puesto que pese a admitirse el “riesgo” de la intervención en un hecho delictivo, ese margen de riesgo es tolerado por el beneficio que trae aparejado ese tipo de actividad en el desarrollo social.

El transporte público de pasajeros trae aparejado el riesgo que a través del mismo se trasladen personas que cometen, cometieron o van a cometer, hechos delictivos, pero el beneficio social del transporte público admite que *ex ante*, ese eventual riesgo deba ser tolerado en función del beneficio que la actividad irroga. Ello es así en la medida que las mismas personas que van a ser víctimas de hechos delictivos, *ex ante*, también son beneficiarios de las prestaciones de la actividad social (transporte) que interviene en la acción dañosa. Y ese cálculo de intereses en la vida social, *ex ante*, también es beneficioso, desde una óptica individual. Solamente si se supiera que en un día determinado, en hora determinada, un sujeto va a ser víctima futura de un hecho delictivo en el que presta colaboración necesaria una actividad socialmente tolerada, se podría reclamar el cese de la misma en tanto un sujeto de derecho, parte de la vida social, podría argumentar que en la ponderación de los costes, *ex ante*, el mismo se encuentra perjudicado.

De esta forma, en la medida que el comportamiento no se salga del rol específicamente asignado en la ponderación previa de los beneficios sociales que irroga, la imputación penal no puede regresar hacia el sujeto que obra conforme a derecho, aunque el mismo supiera que por su intervención particular el mismo facilita la comisión de un delito. El taxista que lleva a una persona hacia un lugar de la ciudad, no comete ningún hecho delictivo, si el pasajero al arribar al destino, comete un robo, cuestión que se mantiene inalterada, incluso en el supuesto de que el taxista supiera de las intenciones futuras del pasajero. Solamente cabría regresar la imputación por el robo hasta el taxista si se verificase que el mismo se salió del rol específico asignado por la sociedad como para ponderar como socialmente útil su actividad, como sería el supuesto de que para llegar a destino incumpliera las normas de tránsito para poder llegar antes de tiempo al lugar del robo que se encontraba pronto a cerrar. De no aceptarse este principio la convivencia social sería intolerable.

En cuanto al objeto del presente trabajo, y de aquello que se viene tratando con relación a las incumbencias específicas de quien ejerce un rol social y legalmente, admitido, y que interviene, sin salirse del marco de ese rol asignado, en el proceso de “transformación” de bienes provenientes de origen ilícito, cabe establecer mayores precisiones.

De aceptarse sin mas la incriminación penal de esos sujetos, bajo los presupuestos de los tipos penales que reprimen la llamado “lavado de dinero”, se daría la paradoja que prácticamente ninguna actividad social sería lícita o ilícita, sino que tendrían un carácter polivalente, por medio de la cual, podría ser lícita si

en un desarrollo, dentro del su rol específico, se vinculara a otras actividades lícitas, mientras que la actuación sería ilícita si el rol se acoplara a actos ilícitos.

Por este camino, tal cual se dijo, la convivencia social se tornaría absolutamente intolerable, en tanto nadie podría actuar sobre seguro, dejándose todo librado a las actuaciones dentro del marco del riesgo permitido “con dolo” o “sin dolo”, lo que jurídicamente es inadmisibles.<sup>26</sup>

Justamente el principio de prohibición de regreso, lo que destaca es la imposibilidad de regresar en la imputación delictiva hacia aquellas personas que prestaron un aporte sustancial a la conducta ilícita, pero que lo hicieron dentro del marco del riesgo permitido a su actuación (cumplimiento del rol), situación que se vería inalterada, incluso para el caso en que tuvieran conocimiento que su aporte, lícito, sería una pieza dentro del complejo engranaje de la actuación ilícita de otro.

Desde otra perspectiva del ejemplo antes dado, quien vende armas de conformidad a la legislación específica, y sin salirse de su rol social y legal, realiza una compraventa de un revolver, no comete un hecho ilícito, ya al nivel del tipo objetivo, con independencia de los conocimientos que pueda tener respecto de los motivos por los cuales el comprador quiere hacerse con esa arma (para defensa personal, actividades deportivas, la comisión de un robo o de un homicidio etc.).<sup>27</sup>

Esto no quiere decir que todos los conocimientos pertenezcan al tipo subjetivo, ciertamente el saber que tiene el sujeto respecto de que su comportamiento se encuentra realizado conforme a su rol, de la actividad socialmente tolerada, incluso cuando esta actividad esta reglada, comporta un conocimiento que integra la definición del riesgo del tipo objeto.<sup>28</sup>

Entre esas particulares profesiones, puede presentar puntual interés el ejercicio del derecho de defensa, y concretamente el rol del abogado defensor; puesto que en muchos casos, con independencia de las constancias del expediente, por la naturaleza de su injerencia, el mismo sabe perfectamente si su asistido ha realizado, o no, un hecho delictivo, o si ha intervenido en la comisión de un delito.

Si no se aceptare sin más la aplicación de la tesis que aquí se desarrolla, la profesión legal en el ejercicio del derecho de la defensa se vería seriamente restringida, salvo que la actuación se la hiciera de manera gratuita, puesto que la percepción de honorarios, en muchos supuestos típicos, importaría un mecanismo de transformación de bienes provenientes de un hecho ilícito.

---

<sup>26</sup> El delito no es un fenómeno subjetivo, sino que es normativo. Del mismo modo que no delinque quien cree matar por medio de las artes “ocultas”, tampoco puede esgrimir actuar ajustado a derecho quien fundamenta su conducta en su particular construcción del mundo.

<sup>27</sup> Solamente se podría imputar al vendedor si modificase un arma para las condiciones necesarias para el hecho delictivo que con ella va a realizarse, pues en ese caso se saldría del rol social específico que define su actividad.

<sup>28</sup> Una consideración particular de esta diferencia en SCHIAVO, *límites y horizontes de la imputación objetiva*. En *pensamientopenal.com.ar*.

De forma contraria a la tesis aquí expuesta, el Tribunal Regional de Francfort,<sup>29</sup> expresa en el caso *European Kinas Club*, que el abogado defensor no sólo debe responder penalmente por recibir en concepto de honorarios bienes provenientes de un hecho ilícito, sino que va más allá, y expresa que el mismo “debió saber” el origen de los fondos, en el sentido de un dolo eventual. Esta posición, a nuestro juicio completamente contraria a elementales principios del derecho penal, pareciera haber sido también asumida sin un correspondiente juicio crítico por el Tribunal Federal Supremo Alemán (BGH).<sup>30</sup>

Al respecto el BGH, al analizar la figura del “lavado de dinero” expresa que: “siguiendo el tenor literal del § 261 inc. 2 Código penal no se excluye como autor del tipo de lavado de dinero, ni al abogado penalista, ni a sus honorarios”.<sup>31</sup>

La expresión, así realizada, no puede ser aceptada, ni siquiera para el supuesto de análisis del caso concreto,<sup>32</sup> en la medida que para poder admitir una afirmación semejante, el “caso concreto” debería presentar una modificación tal en la relación del ejercicio de la actividad del abogado penalista, y de la percepción de sus honorarios, que no se trataría de si ello está “incluido” o “excluido”, del §261 inc. 2 Código Penal Alemán. Si fuera el caso de que el ejercicio de la actividad legal no se hubiera mantenido dentro de su rol específico, se podría colegir lo siguiente: o el letrado no actuó tan sólo como abogado, o que el dinero que recibió no era percepción del cobro de honorarios.

Al tenor literal del texto legal un abogado penalista sería punible en los términos del § 261 inc 2 cuando recibiera como honorarios “objetos” que procedieran de los hechos previstos en el §261 inc 1, como así también en el caso que el honorario fuere el dinero generado (transformado), de los hechos previsto en dicho inciso. Pero así puesta las cosas, se presentaría una evidente colisión entre la necesidad de reprimir el llamado “lavado de dinero” frente al derecho que tiene todo imputado de poder contar con el amplio ejercicio del derecho de defensa, entre los que se encuentra la posibilidad de seleccionar a su letrado defensor (quien al ser particular importa, por su naturaleza, el pago de sus honorarios). Si el abogado defensor penal, se viera sujeto a una investigación criminal frente a cada defensa que ejerciera, con relación al cobro de sus honorarios, pocos se encontrarían gustosos de asumir ese cargo, y muchos menos en casos de actividades estereotipadamente vinculadas con ilícitos específicos de “lavado de dinero” como pueden ser el tráfico de estupefacientes.

Ciertamente siempre es posible argumentar que el rol de abogado defensor está redefinido en el ejercicio de su ministerio por medio de la percepción de sumas de dinero provenientes de hechos lícitos, o que no existe, de parte del

---

<sup>29</sup> Tribunal Regional de Francfort del 4.5.2000, expediente N° 5/17 KLS 92 Js 3362.7/96, p.46.

<sup>30</sup> BGHst. (*Bundesgerichtshof*) t. 47, 68 NJW (*Juristische Wochenschrift*), 2001, 2891.

<sup>31</sup> BGH, id. 3,

<sup>32</sup> AMBOS, JZ (*Juristenzeitung*), 2002, pp. 70-82.

imputado, un derecho a la contratación del defensor de confianza por medio de dinero proveniente de actividades ilícitas. Pero un argumento de esa naturaleza pasaría por alto que el derecho a la libre elección del abogado no se encuentra, únicamente, establecido en favor de los culpables, sino que esta disponible (como un derecho constitucionalmente garantizado) para todos los ciudadanos; y justamente por ello también sería imposible redefinir el rol del abogado, en una obligación especial de controlar el origen lícito de los fondos por los cuales se abonan sus emolumentos, pues su rol se encuentra definido legalmente frente a todos, justamente por la importancia social del ejercicio de su profesión.

Del mismo modo, tal cual se ha dicho, el permiso de venta de armas, asume que muchas de ellas serán adquiridas por personas que cometerán delitos con las mismas, y la sola permisión de su venta, importa que el disvalor de ese acto concreto (adquisición del arma por un homicida), no afecta el beneficio social de la actividad en su conjunto, por lo cual, justamente, se la permite; otro tanto se dijo antes respecto del transporte público, que traslada a millones de personas por día, y entre ellas también a quienes van a cometer hechos delictivos, o que han vuelto de cometerlos y abonan el boleto con el producido de los mismos, pero el beneficio social de la actividad hace que la misma sea definida de modo tal que se deba tolerar que en su ejercicio se produzca un aporte, al hecho delictivo concreto.

La puja entre la eficacia y los derechos, siempre produce una antinomia fundamental, donde a mayor fuerza de un vector sobre otro, se redefine el contenido concreto de una sociedad. La labor fundamental del abogado, en una sociedad democrática, es la de contribuir al equilibrio de los vectores, de modo tal que aquella máxima del iluminismo, que prefería ver a cien culpables libres que a un inocente preso, pueda realizarse.<sup>33</sup> Por lo tanto se admite, como mejor modo de alcanzar ese objetivo, que los abogados puedan, efectivamente, defender a cien culpables, entre un inocente, definiendo su rol social, de manera uniforme, como si la defensa que ejerciera fuera de ciento un inocentes. Establecer condiciones específicas para redefinir su rol, en particular con relación a la indagación de los fondos que justifican el pago de sus honorarios, sería el equivalente a dividir los clientes del letrado, haciendo perder utilidad social al rol que realmente cumplen en la sociedad.

Lo que resulta curioso, y aún más peligroso, es que los honorarios del letrado de "oficio" se perciben de manera uniforme sobre la base del salario que abona el

---

<sup>33</sup> Si bien la expresión suele ser atribuida a la ilustración, y en particular a BECARIA, lo cierto es que existen rastros de la misma en el derecho inglés de la baja edad media, así en el Siglo XIV se dijo: "*Indedd, one would much rather that twenty guilty persons should escape the punishment of death, than that one innocent person should be condemned of death, than that one innocent person should be condemned, and suffer capitally*". Esta expresión, incluso había sido resumida, por la inquisitiva *Star Chamber*, bajo la expresión "*it were better to acquit twenty that are guilty than condemn one Innocent*". LEVY, *Origins of the fifth Amendment*, Ed. Ivan R. Dee, Chicago, p.41.

Estado a través de las cuentas generales del presupuestos, cuyos ingresos públicos están también engrosadas por el dinero que en pago de impuestos proviene de actividades ilícitas vinculadas, para dar apariencia lícita, en el proceso de lavado de dinero, de modo tal que si bien éste profesional, podrá argumentar que el pago del Estado, importa indagación suficiente, ello tan sólo sería cierto a nivel del dolo, y no del tipo objetivo, al que se presentó desnudo del principio de “prohibición de regreso”, por medio de la cual no se puede ir, ya en el tipo objetivo, más allá del aporte realizado por un sujeto que actúa dentro de su rol socialmente estereotipado. Decir que el abogado defensor oficial actúa con error de tipo al defender a los culpables, importa el mismo absurdo que decir que actúa con dolo, de lavado de dinero, el defensor particular que no indaga “adecuadamente”, el origen de los fondos con los que se le abonan sus honorarios.<sup>34</sup>

Desde esta perspectiva la solución de los problemas planteados (donde en el proceso de lavado de dinero, aparece el aporte de un sujeto que actúa dentro del marco de sus competencias realizando una actividad socialmente tolerada, en la medida que su aporte no escape a los límites específicos de ese rol), debe ser resuelta, de modo contrario a lo expuesto por el BGH, a nivel del tipo objetivo, en tanto la conducta no importa un riesgo jurídicamente desaprobado, en función de los principios *ut supra* expuestos que regulan el instituto de la prohibición de regreso.

Solucionar estos problemas a nivel del dolo, no es jurídicamente posible, como pareciera querer dejar planteado el BGH. Ello por cuanto ni el §261 inc. 2 del Código Penal Alemán, ni tampoco nuestro art. 278 C.P., exigen la concurrencia de un dolo directo, en el sentido de un perseguir directamente la persecución del resultado querido, sino que admiten la posibilidad de su concurrencia eventual, lo que en determinadas actividades (y la del letrado defensor penal sería una de ellas), importaría, por la naturaleza de la misma, el afirmar la concurrencia de conocimiento necesario para tener por configurado el tipo penal.<sup>35</sup>

Algunos autores han propuesto, para estos problemas, soluciones que incluso van más allá del tipo penal, al afirmar que en los casos de actividades regladas o socialmente toleradas, pero cuyos sujetos, ejerciendo el rol definido por las mismas, colaboran con procesos de lavado de dinero, deben ser analizadas dentro del estrato de justificación.<sup>36</sup> Tal afirmación se vincula a los derechos en pugna y la colisión de deberes que se provoca frente al ejercicio regular de la actividad, en particular la del letrado penalista, y la obligación de denunciar el proceso de lavado de dinero.

---

<sup>34</sup> Por este camino, tal cual se dijo, se transforma el concepto de delito, en pura contrariedad subjetiva, algo que ni los “subjetivistas” mas radicales estarían dispuestos a afirmar.

<sup>35</sup> KAISER, ZRP (*Zeitschrift für Rechtspolitik*), 1999, 147s

<sup>36</sup> BERNSMANN, *StV*, 2000, p. 43 y ss



Este camino es el menos feliz de todos, puesto que para que exista una colisión entre deberes en pugna, se debe partir de un caso en el cual, ambos deberes puedan ser jurídicamente exigibles. Y ciertamente si no puede serle exigido a un sujeto que deje de realizar una actividad socialmente inocua, o cuyo aporte social es valorado, por la sola circunstancia específica que en un caso concreto, su aporte se acople (sin salirse del rol socialmente valorado), al comportamiento ilícito de un tercero. De existir una colisión la misma no se produce entre dos obligaciones que concurren sobre un mismo sujeto, sino sobre dos derechos, por un lado el libre ejercicio de desarrollar actividades lucrativas dentro del marco de comportamientos permitidos, y por otro lado el de requerir la prestación de esos servicios, lo que al tratarse de los límites del riesgo permitido se debe analizar a nivel del tipo penal.

Y es que la solución a nivel del tipo objetivo es la única que encuentra un punto de contacto con el texto de la ley, al momento de analizar la adecuación típica en el caso concreto (proceso de subsunción). Como se viene expresando, la acción punible en la participación del proceso de lavado debe ser una que objetivamente concorra para ocultar el enriquecimiento (ilícito) de un tercero, dándole la apariencia de licitud, lo cual nunca puede ocurrir en el supuesto de que el acto se trate de uno socialmente estereotipado como “negocio normal”, aquél que se desarrolla “todos los días”, dentro del marco de disciplinas cuyos roles están claramente definidos.<sup>37</sup>

#### 4.- Conclusiones

La posición aquí asumida parte de la base de que la acción de “lavado”, en los términos del art. 278 C.P. “*por un delito que no hubiera tomado parte*”, debe ser entendida con los alcances fijados por el instituto de la prohibición de regreso a nivel del tipo objetivo, debiéndose excluir la imputación (ya a nivel del tipo objetivo), de aquellas personas que si bien realizaron una gestión de transformación de bienes provenientes de un hecho ilícito, lo hicieron por medio de su actividad social normal, dentro del rol específico que determina como socialmente positiva dicha empresa.

Solamente se puede imputar a ese sujeto (que actúa dentro del marco del rol), como autor del delito de lavado de dinero si el mismo tiene una injerencia específica en el hecho precedente, lo que lo transforma en garante de que ese proceso no se produzca, lo que sería el equivalente normativo a afirmar que en realidad su actuación futura no se mantuvo dentro del rol definido para su actividad.

---

<sup>37</sup> WENNBERG, *Kommentar*, c. 1-12, , 1998, p. 9:93c.

Desconocer esta delimitación tornaría la actuación del estado en arbitraria, pues se pasaría por alto que por su naturaleza, los procesos de “lavado” de activos provenientes de hechos ilícitos, se realizan por medio de actividad socialmente ponderadas, con el concurso de trabajadores y profesionales que cumplen su rol específico en la actividad que desarrollan.<sup>38</sup>

Entre los profesionales antes indicados, una particular atención merece el supuesto del letrado defensor particular penal, que por sus labores, percibe dinero en concepto de honorarios, de parte de su cliente, que en muchos casos, efectivamente, ha realizado un hecho delictivo del que ha tenido el lucro necesario para contratar el servicio profesional indicado.

En la medida que el letrado no tenga una injerencia específica en el hecho delictivo precedente, y que se mantenga dentro de su rol, a contrario de lo expuesto por el BGH, el mismo ni tiene un deber de sospechar del origen de los fondos con los que se abonan sus honorarios, ni tiene una obligación de abstención aunque supiera que ellos provienen de origen ilícito, puesto que ya a nivel objetivo del tipo, la imputación resulta imposible. De allí que, *ceteris paribus*, por aplicación del instituto de la “prohibición de regreso”, la imputación penal dirigida al cliente no puede alcanzar al profesional que no ha hecho otra cosa que cumplir con una función socialmente valorada, en defensa de todos, y no tan sólo de los culpables.

Todos los institutos que componen la teoría del delito, deben involucrarse en la solución de los problemas específicos, a los efectos de alcanzar soluciones dogmáticamente coherentes, lo que se traduce en el debido respeto al principio de legalidad e igualdad, que no tan sólo deben guiar el norte de la actuación del Estado, sino que son los elementales presupuestos para el desarrollo de una sociedad democrática.

En el mundo del derecho se tiene particular propensión a realizar argumentos *ad-hoc*, las contradicciones o violaciones de estructuras lógicas parecieran ser un costo posible de pagar, si la solución alcanzada conforma, más o menos, al sujeto que pondera las conclusiones alcanzadas. Por este camino no se resigna solamente el culto al pensamiento riguroso, sino también que se pierde la estabilidad del derecho como patrón de comportamiento para la convivencia social.

En el mundo de las matemáticas ello evidentemente no sucede, el número que compone una ecuación no puede ser modificado por la belleza que pueda tener el mismo. Una estructura lógicamente equivocada, más temprano que tarde, revelará la imposibilidad de continuar por ese camino del pensamiento. En el ámbito del derecho ello no pasa, una contradicción o la imposibilidad de seguir determinado camino, se anula, porfiándose de que ello no traerá ninguna consecuencia.

---

<sup>38</sup> Como puede ser el caso de boletero del complejo de cines que vende el ticket a los concurrentes al cine, pese a que sospecha que su empleador y la empresa en general, se dedican al lavado de dinero.

Es por ello que en la lógica formal de los números, se puede construir un bello juego como el SUDOKU,<sup>39</sup> donde un número mal puesto al comienzo, o cuya única justificación es el intento de una solución *ad-hoc*, termina por imposibilitar la conclusión del problema planteado. Mientras que el derecho casi nunca se permite obrar del mismo modo.

Pero la consecuencia en el mundo jurídico, por obrar de ese modo, nunca es gratuita, al igual que la solución venturosa del SUDOKU, la conclusión siempre es penosa. Un derecho así construido termina por encubrir que la definición de los casos no proviene de la aplicación de un sistema lógico, sino que está librada al poder del más fuerte, que para un caso dice que ello es justo o injusto, con criterios subjetivos que mutan con el poder de turno.

La labor de aquellos que se dedican a pensar en el derecho, es intentar construir un sistema lógico, respetuoso de determinados principios que definen el concepto, y límites, del Estado. La teoría del delito es la herramienta lógico formal de aplicación de aquellos principios. Si se deja la imputación del comportamiento librada al poder, y se la vincula a hechos como los aquí analizados, que en su desarrollo se vinculan con numerosas actividades sociales estereotipadas, se anulará la libertad en la actividad comercial que define una sociedad capitalista, y se someterá al conjunto de las personas al riesgo de la persecución penal, con la única justificación de un discurso de "lucha al crimen" anárquicamente construido.

---

<sup>39</sup> El SUDOKU, es un juego de origen japonés. Es un rompecabezas matemático de colocación numérica, que se popularizó en 1986, y se dio a conocer internacionalmente en 2005. El objetivo del mismo es rellenar una cuadrícula de 9x9 celdas (81 casillas) dividida en subcuadrículas de 2x3 (también llamadas "cajas" o "regiones"), con las cifras del 1 al 9, partiendo de algunos números ya dispuestos en algunas de las celdas. No se puede repetir ninguna cifra en la misma fila, columna o subcuadrícula. Un sudoku está bien planteado si la solución es única.