

La neutralización de las ventajas económicas del delito como estrategia de lucha contra la criminalidad organizada

Por Ignacio Mahiques

I.- Presentación; II.- El crimen organizado como medio de enriquecimiento y la respuesta judicial tradicional; a) Las organizaciones criminales; b) El tratamiento tradicional en el ámbito judicial: las dificultades para la detección, investigación y juzgamiento; III.- El enfoque en las ganancias económicas del delito; a) La obligación internacional asumida por el Estado argentino en materia de recupero de activos provenientes de delitos; b) La investigación el delito y de los beneficios económicos que produce; c) Fundamentos preventivos y razones de utilidad práctica; IV.- Las herramientas legales existentes; a) Investigación patrimonial; b) Medidas cautelares; c) Decomiso; V.- Conclusiones

I.- Presentación

La problemática de las organizaciones criminales es ciertamente compleja y comprende en su objeto de conocimiento una amplia variedad de cuestiones dogmáticas, criminológicas, legislativas, político-criminales y jurisprudenciales, que a su vez abarcan, dentro de cada área específica, otros múltiples asuntos de relevancia para la materia.

El objetivo concreto de esta exposición es introducirse en el estudio del delito desde la perspectiva de las ganancias económicas que produce para sus partícipes y de la necesidad de evitar su utilización y aprovechamiento a través de una actuación eficiente y coordinada por parte de las instancias estatales que intervienen en la lucha contra la criminalidad organizada.

En ese contexto, se tendrá en cuenta que la realización de acciones tendientes a impedir o reducir el disfrute o goce de los capitales provenientes de delitos resulta, por un lado, una obligación en función de los compromisos internacionales asumidos por el Estado argentino en la materia; y, por otro, una herramienta esencial en el combate de los delitos que producen ganancias económicas.

Finalmente, serán materia de análisis las normas que exigen, en primer término, la realización de investigaciones patrimoniales respecto de las personas físicas y/o jurídicas involucradas en actividades criminales rentables, en forma paralela y simultánea al trámite de las causas por los hechos principales, para identificar los productos del delito; en segundo punto, el

dictado de las medidas cautelares necesarias para su preservación e inmovilización; y, en tercer lugar, el decomiso definitivo de todos aquellos bienes.

II.- El crimen organizado como medio de enriquecimiento y la respuesta judicial tradicional

a) Las organizaciones criminales

La comisión de hechos delictivos para la obtención de beneficios económicos, específicamente por grupos estructurados con cierto grado de estabilidad y permanencia, configura un problema que debe ser estudiado seriamente y que exige la implementación de medidas estatales concretas para su prevención y sanción.

Una aproximación al concepto de organización criminal puede hallarse en la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, donde se las define como grupos estructurados de tres o más personas que existen durante cierto tiempo y que actúan concertadamente con el propósito de cometer delitos graves, con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material¹.

De allí que para hablar de crimen organizado bastará con pensar en un proyecto criminal, tendiente a cometer delitos de cierta gravedad y relevancia nacional e internacional, que requerirá ser concretado en forma organizada —es decir, incluir cierta cantidad de personas, con una estructura jerárquica donde exista una división de trabajo y una permanencia temporal— y que tenga el fin de obtener beneficios, ya sea económicos o materiales².

Es decir, son empresas formadas por personas que se reúnen para delinquir y que cuentan con el capital que obtienen de hechos ilícitos, que pueden tener forma piramidal o bien estructuras poco rígidas, flexibles y sumamente adaptables a cambios permanentes³.

Los “delitos graves” mediante los cuales estos grupos criminales obtienen su mayor rentabilidad, conforme el reconocimiento que en tal sentido han tenido en numerosos instrumentos internacionales, son aquellos con capacidad de poner en peligro y de dañar diferentes bienes jurídicos considerados fundamentales para la vida en sociedad, tales como el tráfico de estupefacientes y precursores químicos, el tráfico de armas, la trata de personas, la inmigración ilegal, los fraudes económicos contra el Estado, los secuestros extorsivos, etcétera.

¹ Ver art. 2 de la Convención Internacional de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (Convención de Palermo de 2000), aprobada por ley 25.632.

² LUCIANI, Diego Sebastián, *Criminalidad Organizada y Trata de Personas*, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2011, Pág. 30.

³ LÓPEZ, Alicia, *La importancia de la prevención dentro de un programa global de antilavado*, publicado en la Revista “Mores Maiorum”, Año I, Vol. 1, Pontificia Universidad Católica Argentina, 2004, Pág. 39.

Las características intrínsecas de la organización criminal, concebida como una estructura cuyo fin es delinquir y obtener de ese modo beneficios patrimoniales o materiales, provoca una conmoción en la tranquilidad pública que se acrecienta por la gravedad de los crímenes que lleva adelante y por la utilización de medios violentos dirigidos tanto al interior del grupo como hacia el conjunto de la sociedad⁴.

La violencia interna se despliega como una forma de mantener la disciplina y el silencio del grupo, mientras la violencia dirigida hacia el exterior, según se sostiene, puede tener diferentes fines, ya sea para la comisión directa de los delitos que la organización lleva adelante, como para resolver conflictos con otros grupos criminales, o para eliminar a personas que puedan poner en peligro su funcionamiento, continuidad e impunidad⁵.

Las organizaciones se valen de actos de corrupción para perpetuar su actividad ilícita y/o lograr impunidad. Para las asociaciones que disponen de una utilidad en dinero, la corrupción es un “coste de producción” del bien o servicio que posteriormente repercutirá sobre el consumidor final, sea el tóxico-dependiente —en el caso de narcotráfico— o el “cliente” —en el caso de la explotación sexual—. La corrupción es, pues, esencial para la supervivencia de la organización criminal⁶.

Por ello es que, ante el incesante crecimiento del fenómeno y frente a las enormes ganancias que genera el accionar de estos grupos organizados, la mayoría de los países activó la reacción jurídico penal a través de normas que reprimen con rigor esos ámbitos especialmente sensibles.

En nuestro país, el Ministerio Público de la Nación, que tiene entre sus funciones diseñar y ejecutar un plan de política criminal, está implementando acciones concretas y decisiones estructurales para el combate de estas organizaciones, entre las que se destaca la creación de las Procuradurías de Criminalidad Económica y Lavado de Activos —PROCELAC—⁷, de Narcocriminalidad —PROCUNAR—⁸, de Violencia Institucional —PROCUVIN—⁹, y de Combate de la Trata y Explotación de Personas —PROTEX—¹⁰; de la Unidad de Recupero de Activos¹¹, y de la Oficina de Investigación Económica y Análisis Financiero¹².

⁴ LUCIANI... *Criminalidad...*, Pág. 31.

⁵ LUCIANI... *Criminalidad...*, Pág. 32.

⁶ LUCIANI... *Criminalidad...*, Pág. 32.

⁷ Resolución PGN N° 914/2012.

⁸ Resolución PGN N° 208/2013.

⁹ Resolución PGN N° 455/2013.

¹⁰ Resolución PGN N° 805/13.

¹¹ Resolución PGN N° 339/2014.

¹² Resolución PGN N° 341/2014.

b) El tratamiento tradicional en el ámbito judicial: las dificultades para la detección, investigación y juzgamiento

A pesar de la voluntad proclamada por el Estado argentino de prevenir, investigar y sancionar los hechos delictivos cometidos para la obtención de beneficios económicos, la simple observación del funcionamiento del sistema permite advertir la existencia de problemas estructurales que impiden combatir con éxito la criminalidad organizada.

Uno de ellos se manifiesta en la enorme disparidad que existe entre las conductas previstas en tipos penales que realmente acontecen en la realidad y aquellas que son detectadas y que llegan a conocimiento de las agencias del sistema.

La falta de eficacia en el funcionamiento del sistema penal es consecuencia, entre otras cosas, de las limitaciones operativas de las fuerzas de seguridad, el desmantelamiento de organismos de control, la corrupción de los agentes estatales y la evolución de ciertas maniobras delictivas hacia formas más complejas.

Al igual que como sucede en la mayoría de los países de la comunidad internacional, los casos que se investigan y sancionan involucran únicamente a personas de bajo rango en las estructuras jerárquicas de las organizaciones, quienes son reemplazados fácilmente por otras, sin que ello afecte al mantenimiento de las operaciones delictivas, todo lo cual, claro está, impide acercarse a los objetivos propuestos.

Por ello tiene razón Ferrajoli cuando denuncia que no se criminalizan las infracciones de los poderosos, como las corrupciones, los peculados, los balances falsos, los fondos negros y ocultos, los fraudes fiscales, el lavado de dinero y el crimen organizado, y menos aún las guerras, los crímenes de guerra, las devastaciones del ambiente y los atentados a la salud—, sino sólo los secuestros, el hurto automotor, el robo a las viviendas y la venta de droga cometidos por los inmigrantes, desocupados, sujetos marginados, identificados todavía como las típicas “clases peligrosas”¹³.

El otro problema que se presenta se vincula concretamente con el tratamiento judicial que reciben los hechos presuntamente delictivos cometidos por grupos criminales organizados que logra captar el sistema penal y que son puestos en conocimiento de los tribunales para su investigación y juzgamiento. Es decir, la respuesta que dan los órganos judiciales frente hipótesis de delitos cometidos en forma organizada para la obtención de ganancias, como las estructuras dedicadas al

¹³ Ferrajoli, Luigi, *El populismo penal en la sociedad del miedo* (traducción a cargo de Andrea Catoira y Alessia Barbieri), publicado en *La emergencia del miedo*, Ediar, Bs. As., 2012, Pág. 60.

comercio de drogas en grandes cantidades, redes que lucran a través de la explotación sexual o laboral de las personas, fraudes económicos contra el Estado, etc.

Concretamente, la falla está en que, ante ese tipo de situaciones, jueces y fiscales se concentran únicamente en los hechos principales y no en la investigación concerniente a los productos del delito de que se trate; es decir, los esfuerzos se orientan a comprobar los actos de comercio, la situación de explotación, etc., pero se queda a medio camino pues a ello no le siguen medidas tendientes a determinar incrementos en el patrimonio de los responsables e incluso detectar maniobras para darle apariencia ilícita.

Ello es así por cuanto las autoridades encargadas de la persecución penal, que tradicionalmente fueron formadas para indagar sobre la comisión de hechos delictivos y obtener, según el curso del proceso, absoluciones o condenas, todavía no han incorporado la costumbre de disponer medidas específicas para neutralizar las ventajas económicas del delito.

Al tratarse de un proceso aún incipiente de transformación normativa es de esperar que las instancias judiciales progresivamente tomen conciencia acerca de la importancia de realizar investigaciones patrimoniales sobre los involucrados en hechos de criminalidad organizada.

III.- El enfoque en las ganancias económicas del delito

a) La obligación internacional asumida por el Estado argentino en materia de recupero de activos provenientes de delitos

En el ámbito de la comunidad internacional existe consenso en cuanto a que una forma eficaz para combatir la criminalidad organizada es perseguir las ganancias obtenidas y atacar los circuitos a través de los cuales se legalizan, con el objetivo de impedir la utilización de la renta que generan las actividades delictivas.

En este contexto, la República Argentina asumió el compromiso internacional de avanzar en acciones concretas y necesarias para lograr la identificación de bienes y el recupero de activos de origen ilícito a partir de la firma, la aprobación y la ratificación de la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas¹⁴; la Convención Interamericana contra la Corrupción¹⁵; la Convención Internacional Contra la Delincuencia Organizada Transnacional y protocolos complementarios¹⁶; la Convención Interamericana Contra el

¹⁴ Ley 24.072.

¹⁵ Ley 24.759.

¹⁶ Ley 25.632.

Terrorismo¹⁷, y la Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción¹⁸; así como a través de su participación directa en diversos foros internacionales¹⁹.

A partir de la firma de tales instrumentos, entre otras cosas, los Estados partes resolvieron ocuparse activamente de recuperar, rescatar y reintegrar a la sociedad las ganancias producidas por el delito, mediante la adopción de las medidas necesarias para permitir la identificación, la localización, el embargo preventivo o la incautación de tales bienes con el objeto de proceder a su eventual decomiso.

b) La investigación del delito y de los beneficios económicos que produce

En coincidencia con los lineamientos establecidos en el plano internacional, el eje central de las nuevas estrategias de política criminal estuvo puesto en la creación de sistemas de prevención para detectar el ingreso en el mercado de dinero o bienes que pudieran tener origen en un delito y en la tipificación a nivel mundial de la figura de lavado de activos²⁰.

A raíz de ello es que, ante la existencia de dudas sobre el origen de los fondos involucrados en alguna operación, los organismos y entidades alcanzados por la normativa antilavado deben necesariamente emitir un reporte para informar a la autoridad competente, en el caso argentino, la Unidad de Información Financiera, para luego realizar, en el supuesto de contarse con indicios suficientes, la correspondiente denuncia penal por el delito de lavado de dinero.

Más aún, a diferencia de lo que sucedía antes de la reforma introducida por la ley 26.683²¹, la estructura típica prevista en el artículo 303 del Código Penal abarca el supuesto de “autolavado”, es decir el caso en que una persona comete un delito y luego realiza alguna maniobra para introducir al mercado formal la ganancia generada —siempre que supere el monto de \$ 300.000— y darle apariencia legal.

Ahora bien, en este proceso de modernización de la persecución penal se torna necesario optimizar el uso de las herramientas que ofrece la legislación vigente y profundizar el avance hacia una segunda etapa en donde, además de los sistemas de prevención y sanción del lavado de dinero, se le asigne importancia a la investigación patrimonial, con miras a la incautación preventiva y el

¹⁷ Ley 26.023.

¹⁸ Ley 26.097.

¹⁹ El Grupo de los 20 (G-20); el Grupo de Acción Financiera (GAFI) y la 3º Reunión de la Instancia Ejecutiva del Consejo Suramericano en materia de Seguridad Ciudadana, Justicia y Coordinación de Acciones contra la Delincuencia Organizada Transnacional de UNASUR; entre otros.

²⁰ Así se planteaba la cuestión en el comienzo de la guerra a las drogas y se materializó con la tipificación a nivel mundial de la figura de lavado de activos (ver JORGE, Guillermo, *Recuperación de activos de la corrupción*, Ed. Del Puerto, Bs. As., 2008, Pág. 11).

²¹ Publicada en el Boletín Oficial el 21 de junio de 2011.

final decomiso, en casos en que se esté ante la posible existencia de hechos delictivos cometidos con fines de lucro por estructuras con algún grado de organización.

Es de destacar que no se trata de priorizar entre la investigación para demostrar el hecho principal y/o la responsabilidad de los involucrados y aquella orientada a determinar la existencia de bienes adquiridos como consecuencia del delito, puesto que ambos objetivos son ciertamente alcanzables si se dedican mayores esfuerzos y se administran en forma correcta los recursos en las instancias judiciales.

La propuesta de otorgarle igual relevancia a la investigación patrimonial que a la enfocada en la investigación para la atribución de responsabilidades penales requiere un cambio cultural en los operadores del sistema judicial, para lo cual se parte del convencimiento de que investigar el patrimonio de los involucrados y desapoderar de las ganancias conseguidas por medio del delito es una forma esencial para combatir al crimen organizado y brindar una respuesta integral, completa y justa al conflicto judicializado.

c) Fundamentos preventivos y razones de utilidad práctica

La importancia de realizar investigaciones patrimoniales frente a ilícitos que persigan un beneficio económico y la acumulación de riqueza encuentra fundamento en razones de prevención y en la utilidad práctica que representa la posibilidad de aplicar esos recursos para fines de interés público.

En primer lugar, debe señalarse que es la vía adecuada para privar a los acusados de los frutos del delito, es decir se cumple con el principio de que nadie debe beneficiarse de sus acciones ilícitas.

En este sentido, es doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que “los jueces tienen el deber de resguardar dentro del marco constitucional estricto la razón de justicia, que exige que el delito comprobado no rinda beneficios”²².

Además, la investigación patrimonial y el decomiso pueden también funcionar para disuadir a las personas de participar en la comisión de estos graves hechos si se tiene en cuenta que las acciones impactarán directamente en su patrimonio.

Sobre el punto, se sostuvo que dichas medidas son “un medio útil de disuasión del potencial autor y justa supresión de las ganancias mal habidas” y es también “un instituto de considerable

²² CSJN Fallos: 283:66; 254:320; 320:277 del 05/03/1997; 320:1038 del 19/05/1997; 320:1472 del 15/07/1997; 320:1717 del 12/08/1997; 321:2947 del 12/11/1998; 323: 929 del 04/05/2000 y 325:3118 del 26/11/2002.

valor simbólico en el plano social, en virtud de su alto grado de compatibilidad con las funciones de prevención general positiva a los que la pena estatal debe idealmente aspirar”²³.

Un motivo preventivo quizás más importante radica en que desapoderar de los activos de las asociaciones delictuales es equivalente a quitarles la posibilidad de seguir financiando sus organizaciones ilícitas y así contribuir a la desarticulación de redes de criminalidad.

Pues si las ganancias mal habidas se utilizan, entre otras cosas, para aumentar la cantidad de mano de obra —que son muchas veces los autores materiales de los delitos más rentables (p. ej., vendedores de droga, captadores de víctimas de trata, etc.)— y asegurar la rentabilidad e impunidad por la vía de la violencia y la corrupción, es claro que les produce un mayor daño la eliminación de sus activos y de su estructura económico-financiera, que el encarcelamiento de alguno de sus miembros que, en la mayoría de los casos, son fungibles.

En este sentido, se ha dicho que “las organizaciones criminales transnacionales que generan muchas divisas cometen delitos porque el beneficio o la ganancia les resulta mucho más provechoso que la ulterior y lejana condena privativa de la libertad. La realidad demuestra que cuando no se afectan los recursos de esas organizaciones criminales, continúan manejando, administrando, expandiendo, infringiendo y violando el orden jurídico porque siguen financiándose. Inclusive desde la cárcel, en el caso que se llegue a una condena”²⁴.

Finalmente, se advierte que el producto de la venta de los bienes decomisados puede ser empleado para profundizar la lucha contra estos delitos y también para aplicarlos a políticas sociales de salud y educación poniéndolos al servicio del Estado de derecho y al interés general.

En conclusión, ante la evidencia de que el mayor golpe que se puede dar a los grupos criminales es justamente en su poder económico, resulta imprescindible promover el desarrollo de acciones concretas tendientes a impedir el disfrute de los bienes a quienes los obtuvieron ilícitamente, contribuir a desarticular las organizaciones criminales, disuadir de participar en tales actividades y aprovechar el valor de lo decomisado en beneficio de la sociedad.

IV.- Las herramientas legales existentes

Las metas de política criminal establecidas pueden ser alcanzadas mediante la utilización de modo eficiente de las herramientas concretas que actualmente ofrece nuestra legislación y que

²³ *Manual de Investigación Patrimonial*, Oficina de Coordinación y Seguimiento en materia de delitos contra la Administración Pública de la Procuración General de la Nación, publicado en <http://www.mpf.gob.ar/procunar/files/2014/06/Manual-Investigaci%C3%B3n-Patrimonial-MPF-2011.pdf>, Pág. 7.

²⁴ BARBIER, Nicolás F., *Recupero de activos de origen delictivo. Un nuevo desafío para el derecho argentino*, en *Visión integral sobre el Recupero de Activos de Origen Ilícito*, Ed. Infojus, Bs. As., 2013, Pág. 6.

posibilitan la obtención de soluciones justas en orden a los bienes provenientes de actividades criminales.

A partir de las modificaciones introducidas mediante las leyes 25.815²⁵ y 26.683, entre otras, el ordenamiento jurídico se ajustó a los estándares internacionales previamente referenciados, en tanto del tenor de las normas se deduce el deber de realizar la investigación patrimonial de los sujetos que se encuentran imputados en una causa criminal, y la adopción durante la instrucción de medidas concretas y efectivas para inmovilizar sus patrimonios y asegurar el decomiso de los bienes que resulten ser las ganancias o el provecho de un delito, tanto contra las personas imputadas, como de los sujetos que, aun sin estar sometidas a proceso, se hayan visto beneficiadas con aquel provecho.

A su vez, el objetivo de ir tras los activos provenientes de actividades delictivas que alteran el orden jurídico y la vida social impone el inmenso desafío de diseñar nuevas estrategias y herramientas eficaces que sean de utilidad para la detección e identificación de aquellos bienes, cosas o instrumentos involucrados en las actividades delictivas.

En ese contexto, se debe destacar la reciente creación de dos organismos dedicados específicamente al tema. Por un lado, la antes citada Unidad de Recupero de Activos de la Procuración General de la Nación, cuya función central es desarrollar una política activa orientada a detectar, cautelar, identificar y decomisar bienes y fondos provenientes de los delitos, especialmente aquellos vinculados con la criminalidad compleja y el crimen organizado; y, por otro, el Registro Nacional de Bienes Secuestrados y Decomisados durante el Proceso Penal en el ámbito del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, el cual tiene por objeto la identificación, registro, valuación y localización de la totalidad de los bienes secuestrados, decomisados o afectados a una medida cautelar en el marco de un proceso penal²⁶.

En fin, la lucha contra el crimen organizado requiere el compromiso de todos los actores, desde los funcionarios de la Administración Pública; magistrados y funcionarios del Poder Judicial y Ministerio Público Fiscal; oficiales y agentes de las fuerzas de seguridad que participan y colaboran con la justicia en las investigaciones de delitos de contenido patrimonial, y de la sociedad civil en su conjunto²⁷.

²⁵ Publicada en el Boletín Oficial el 1° de diciembre de 2003.

²⁶ Creado por Decreto PEN N° 826/2011. A su vez, vale decir que actualmente se discute un proyecto de ley en el H. Senado de la Nación Argentina para modificar el art. 23 del Código Penal y el Art. 233 del Código Procesal Penal, tendiente a establecer un mecanismo para la administración y realización de bienes incautados provenientes de un injusto penal en el transcurso de una investigación criminal (Expte. S-1487/14, Senadores FERNANDEZ y URTUBEY — DAE-73).

²⁷ VERGARA, Nicolás D., *El congelamiento de activos en la República Argentina*, publicado en *Visión Integral...*, cit., Pág. 49.

a) **Investigación patrimonial**

Las legislaciones procesales establecen que ante la presentación de la hipótesis de un delito las instancias judiciales intervinientes tienen asignada la tarea de realizar las medidas necesarias para lograr su comprobación y determinar la responsabilidad que puede corresponderle a los autores y demás partícipes²⁸.

Lo que resulta fundamental, desde el comienzo, es establecer si de la comisión del ilícito existió un beneficio, provecho y/o ganancia pecuniaria o patrimonial para el o los sujetos sospechados.

En ese caso, sobre la base de que nadie puede beneficiarse por acciones ilícitas, se debe investigar, además del delito, el estado patrimonial del acusado y su entorno, pues, como se dijo, es tan importante la sanción por el hecho principal como la neutralización de las ganancias.

El punto en cuestión fue abordado por la Procuración General de la Nación en la Resolución 134/09, a través de la cual se instruyó a los fiscales para que "... en el marco de las investigaciones que se lleven a cabo por hechos de corrupción, narcotráfico, lavado de dinero, trata de personas, evasión tributaria, contrabando y demás delitos relacionados con la criminalidad económica, realicen —en forma simultánea a las medidas destinadas a lograr el esclarecimiento del hecho ilícito— la investigación patrimonial de cada una de las personas involucradas ...".

El objetivo inmediato de una exhaustiva investigación es detectar los bienes relacionados con los hechos delictuosos para evitar la fuga, el desprendimiento o el blanqueo de las ganancias obtenidas ilícitamente, en miras a un futuro decomiso.

En cuanto a la forma de la investigación, se destaca por su enorme utilidad práctica el Manual de Investigación Patrimonial, presentado en 2011 a los integrantes del Ministerio Público Fiscal "para facilitar la realización de investigaciones patrimoniales... con el propósito de superar —en la medida de lo posible— los problemas con que se encuentran cotidianamente en su labor de rastreo e identificación de bienes"²⁹.

Dicho instrumento constituye una valiosa herramienta en la que "se brindan diversas técnicas de organización de la información que pueden ser de utilidad en una investigación patrimonial, se desarrollan fuentes de información en el ámbito nacional y se incorporan conocimientos vinculados con el ámbito internacional"³⁰.

En cuanto a las fuentes de información, vale destacar que el Estado nacional cuenta con registros públicos capaces de identificar los bienes específicamente, tales como el Registro

²⁸ Por ejemplo, el Código Procesal Penal de la Nación lo regula en el artículo 193 y siguientes.

²⁹ *Manual...*, cit., Pág. 9.

Nacional de Armas, el Registro Nacional de Buques, el Registro de la Propiedad Inmueble, el Registro Nacional de Aeronaves, entre otros, que permiten conocer con certeza las características del bien y su titularidad.

Es indispensable, para lograr una identificación y detección de los bienes de origen ilícito de forma ágil, certera e inmediata, que funcionen dinámicamente y coordinadamente las instancias judiciales y los organismos de control

A esos fines se suscribieron múltiples acuerdos entre los organismos y el Ministerio Público para una interrelación fluida en la etapa investigativa que permita identificar los bienes, evitar operaciones de encubrimiento, fuga o desprendimiento y lograr su inmovilización y decomiso, todo lo cual resulta trascendental pues el decomiso exige especificidad e individualización, de manera que se deben utilizar todas las herramientas administrativas e instrumentales para contar con la información precisa por cada tipo de bien que poseen los registros.

En cuanto a la colaboración que se puede requerir a esos efectos, las instancias judiciales cuentan con las divisiones especializadas de las fuerzas de seguridad, como el Departamento de Investigaciones de Delitos Económicos de la Prefectura Naval Argentina, Unidad Especial de Delitos Económicos de la Gendarmería Nacional, Delitos Complejos de la Policía de Seguridad Aeroportuaria y División de Investigaciones Patrimoniales de la Policía Federal Argentina.

A su vez, la Unidad de Información Financiera funciona como un organismo auxiliar de la justicia con capacidad para realizar investigaciones patrimoniales y “determinar el patrimonio de cada uno de los imputados para desentrañar la complejidad de saber quiénes son los dueños e informar su rol económico”, así como también “asistencia técnica para determinar la ruta del dinero que está afectado en esa situación...”³¹.

En el ámbito federal, los fiscales cuentan con las ya mencionadas Unidad de Recupero de Activos, que tiene, entre sus funciones, sugerir medidas tendientes a lograr el recupero temprano de activos de origen ilícito; y Oficina de Investigación Económica y Análisis Financiero, creada para auxiliar en los supuestos en los que se investiguen maniobras complejas, con atribuciones para elaborar informes y dictámenes de índole económica y contable, sugerir medidas de prueba tendientes a la investigación de maniobras complejas y actuar como peritos.

Ahora bien, no pueden soslayarse las dificultades que conspiran contra el éxito de las investigaciones patrimoniales, las que, en su gran mayoría, tienen que ver con el paso del tiempo y con las ventajas que ello genera para las personas involucradas.

³⁰ *Manual...*, cit., Pág. 10.

Sobre este problema comúnmente se observa que, desde la comisión del delito, al inicio de una investigación formal y desde ésta hasta las primeras citaciones a prestar declaración indagatoria o hasta el dictado de autos de mérito, suelen transcurrir varios meses e incluso años.

El transcurso de los lapsos indicados, en su conjunto beneficia a los sujetos involucrados quienes pueden, a través de operaciones financieras, transferencias simuladas o utilización de personas interpuestas, sustraer ficticiamente de sus patrimonios los fondos y activos físicos de que dispongan. De este modo la tarea de rastrear, detectar bienes y/o establecer una ruta del dinero en los casos de múltiples transferencias puede resultar una tarea ardua y, en muchos casos, infructuosa; ello, máxime cuando para aquellos fines se recurre a las plazas financieras *of shore*, o a la utilización de corresponsalías bancarias y cuentas concentradoras, que tornan mucho más difícil la tarea de rastreo³².

Por ello, resulta una práctica indispensable que las investigaciones financieras se inicien en paralelo a la investigación de la conducta criminal y, como se verá en el siguiente punto, que ello sea acompañado de decisiones rápidas sobre el congelamiento de activos, por más que no se cuente con auto de procesamiento o acto equivalente.

Desde otro punto de vista, es relevante consignar que la investigación patrimonial puede dar lugar a la acusación por el delito previsto en el artículo 303 del Código Penal, si los bienes de origen ilícito hallados fueren objeto de alguna maniobra para darle apariencia legal y superasen el monto mínimo allí exigido.

En fin, la lucha contra el crimen organizado y la empresa criminal exige complementar capacidades técnicas y operativas para rastrear e identificar aquellas ganancias o productos provenientes de las actividades delictivas que realizan.

b) Medidas cautelares

Las medidas cautelares constituyen una herramienta de suma importancia en la lucha contra el delito cometido con fines de lucro, pues para lograr el decomiso de bienes obtenidos ilegalmente es necesario que hayan sido objeto de embargo, incautación o inmovilización desde el comienzo del proceso penal.

El artículo 23 del Código Penal establece que “el juez podrá adoptar desde el inicio de las actuaciones judiciales las medidas cautelares suficientes para asegurar el decomiso del o de los

³¹ SBATELLA, José, *La recuperación de activos desde la visión de los actores intervinientes en el procedimiento. El rol de la UIF*, publicado en *Visión integral...*, cit., Pág. 28.

inmuebles, fondos de comercio, depósitos, transportes, elementos informáticos, técnicos y de comunicación, y todo otro bien o derecho patrimonial sobre los que, por tratarse de instrumentos o efectos relacionados con el o los delitos que se investigan, el decomiso presumiblemente pueda recaer. El mismo alcance podrán tener las medidas cautelares destinadas a hacer cesar la comisión del delito o sus efectos, o a evitar que se consolide su provecho o a obstaculizar la impunidad de sus partícipes. En todos los casos se deberá dejar a salvo los derechos de restitución o indemnización del damnificado y de terceros”.

A su vez, el artículo 305 del mismo texto legal prevé que “el juez podrá adoptar desde el inicio de las actuaciones judiciales las medidas cautelares suficientes para asegurar la custodia, administración, conservación, ejecución y disposición del o de los bienes que sean instrumentos, producto, provecho o efectos relacionados con los delitos [contra el orden económico y financiero]”.

De allí que los jueces tienen herramientas para asegurar bienes que eventualmente puedan ser sujetos de decomiso y evitar que se consolide el provecho del delito, pero para que todo ello sea posible, vale reiterar, es imprescindible una previa investigación patrimonial en la que se individualicen los activos de las personas físicas y jurídicas involucradas.

Por su parte, los fiscales tienen el deber de requerir, desde el inicio del proceso, las medidas cautelares necesarias para asegurar el recupero de los bienes provenientes de hechos de corrupción, narcotráfico, lavado de dinero, trata de personas, evasión tributaria, contrabando y demás delitos vinculados a la criminalidad económica, de modo tal de asegurar, en el momento oportuno y sin dilaciones innecesarias, el impedimento de su libre disposición por parte de los imputados o las personas jurídicas que representan que indefectiblemente culmina en la desaparición de los fondos y la imposibilidad de recupero al momento de finalizar el proceso³³.

En suma, deben adoptarse las medidas cautelares una vez demostrados mínimamente sus requisitos de procedencia, sea a través del embargo preventivo de los bienes adquiridos por vía ilícita que integran el patrimonio de las personas físicas y/o de las empresas que representan, o la inhibición general, cuando todavía no haya sido posible la identificación correspondiente.

Dichos requisitos de procedencia se identifican con el deber de comprobar verosimilitud en el derecho y peligro en la demora, esto es la existencia de una hipótesis delictiva concreta contra el

³² *Recupero de Activos en Casos de Corrupción, Acciones de Decomiso de las Ganancias del Delito*, Oficina Anticorrupción, estudio realizado por Luis F. AROCENA, Claudia A. SOSA y Patricio J. O'REILLY, publicado en el sitio web institucional <http://www.anticorrupcion.gov.ar/centrodoc.asp>, Pág. 13.

³³ Resolución PGN N° 129/09.

acusado y la concurrencia de riesgos de maniobras orientadas a evitar el desapoderamiento de los bienes obtenidos ilícitamente.

Debe señalarse que ambos elementos se hallan tan íntimamente vinculados entre sí que ante la mayor presencia de uno se podrá ser menos exigente con la demostración del otro, aunque siempre será necesaria la presencia de los dos requisitos para el dictado de una medida cautelar.

En contra de lo que se ha sostenido durante mucho tiempo, para afectar la libre disposición de alguno/s de los bienes cuestionados no resulta necesario alcanzar el grado de sospecha exigido para el llamado a prestar declaración indagatoria (art. 294 del C.P.P.N.) o para el dictado del auto de procesamiento (art. 306 del mismo cuerpo legal).

La idea de que las medidas cautelares sólo resultan procedentes cuando media el llamado a prestar declaración indagatoria o el dictado de un auto de procesamiento no sólo atenta contra su propia naturaleza sino que tampoco encuentra fundamento legal. Ello es así pues, aun cuando el artículo 518 del código de forma nacional se refiere al embargo o a la inhibición como medidas que el juez debe adoptar al momento de disponer el procesamiento del imputado, también prevé la posibilidad de que ellas sean adoptadas con anterioridad a esa etapa si el magistrado cuenta con “elementos de convicción suficientes”.

Es que asociar la adopción de medidas cautelares a dichos actos procesales, ante la evidencia de que ello generalmente ocurre luego de un considerable tiempo de investigación, implica ciertamente el riesgo de frustración de la medida a raíz de las posibilidad de disposición de los bienes por parte de su titular o familiares.

Por ello, si el efecto de la decisión judicial está constituido por una razonable restricción al derecho de propiedad, los criterios en base a los cuales se deben tomar medidas tendientes a inmovilizar los bienes deben partir, fundamentalmente, de no tornar ilusoria o meramente declarativa la ejecución de una eventual expresión jurisdiccional definitiva que ordene el decomiso³⁴.

Sobre el punto, tiene dicho la Corte Suprema de Justicia de la Nación que "la fundabilidad de la pretensión que constituye [el objeto del proceso cautelar] no depende de un conocimiento exhaustivo y profundo de la materia controvertida en el proceso principal, sino de un análisis de mera probabilidad acerca de la existencia del derecho discutido"³⁵.

³⁴ Resolución PGN N° 129/09, cit.

³⁵ CSJN, Fallos: 314:711.

A la luz de lo expuesto, resulta evidente que las medidas provisionales constituyen una herramienta idónea para asegurar que los instrumentos y el provecho del delito puedan ser decomisados con posterioridad.

c) Decomiso

El decomiso del producto del delito, que es el que aquí interesa, es una acción dirigida a obtener los bienes de cualquier índole derivados u obtenidos directa o indirectamente de la comisión de un delito, y, por su propia naturaleza, constituye una pieza central para reducir no solamente la criminalidad organizada sino toda la gama de delitos que se comete con fines de lucro.

En el régimen jurídico argentino el decomiso de bienes en el proceso penal se rige por las previsiones del artículo 23 del Código Penal, el que, entre otras cosas, establece que “en todos los casos en que recayese condena por delitos previstos en este Código o en leyes penales especiales, la misma decidirá el decomiso de las cosas que han servido para cometer el hecho y de las cosas o ganancias que son el producto o el provecho del delito, en favor del Estado nacional, de las provincias o de los municipios, salvo los derechos de restitución o indemnización del damnificado y de terceros”.

Así también ordena que “cuando el autor o los partícipes han actuado como mandatarios de alguien o como órganos, miembros o administradores de una persona de existencia ideal, y el producto o el provecho del delito ha beneficiado al mandante o a la persona de existencia ideal, el comiso se pronunciará contra éstos” y que “cuando con el producto o el provecho del delito se hubiese beneficiado un tercero a título gratuito, el comiso se pronunciará contra éste”.

Por último, prevé que “en caso de los delitos... [contra el orden económico y financiero] serán decomisados de modo definitivo, sin necesidad de condena penal, cuando se hubiere podido comprobar la ilicitud de su origen, o del hecho material al que estuvieren vinculados, y el imputado no pudiese ser enjuiciado por motivo de fallecimiento, fuga, prescripción o cualquier otro motivo de suspensión o extinción de la acción penal, o cuando el imputado hubiere reconocido la procedencia o uso ilícito de los bienes”.

A partir de tal regulación, puede señalarse que el decomiso es una medida adoptada por la autoridad estatal que priva de las cosas o ganancias que son el producto o el provecho del delito, con carácter definitivo, que puede proceder en algunos casos sin necesidad de condena penal y que no genera derecho a resarcimiento.

En lo que concierne a los destinatarios, se observa que las acciones dirigidas contra las ganancias o el provecho del delito pueden orientarse contra personas físicas y jurídicas. Entre las

personas físicas, corresponde dirigirlas directamente contra las imputadas en las investigaciones criminales o contra aquellas que se hayan visto beneficiadas a título gratuito (art. 23, párrafos 1º y 4º, respectivamente, del CP); y contra las personas jurídicas a través de las cuales el autor o los partícipes del delito hayan actuado como mandatarios, órganos, miembros o administradores (art. 23, párrafo 3º).

Al respecto, si bien las investigaciones financieras de los sujetos involucrados y de las empresas resultan complementarias y no se excluyen entre sí, la experiencia indica que las acciones dirigidas contra las personas jurídicas puedan ofrecer mejores resultados en la instancia del decomiso, en tanto en la mayoría de los casos se utilizan empresas para canalizar las ganancias del delito y luego distribuirlas a través de diferentes formas que ofrece el mercado financiero.

A su vez, vale aclarar que la acción de decomiso es independiente de la responsabilidad penal de la empresa y se basa en el principio básico de justicia que impone, más allá de las sanciones de carácter penal contra los responsables, la restitución de los bienes que resulten del beneficio de un delito, porque ningún derecho puede válidamente sostenerse a partir de un origen ilícito.

En cuanto a la naturaleza del decomiso, constituye una limitación a la propiedad privada en interés público, sobre la premisa de que el derecho de propiedad sólo existe en la medida en que ella sea adquirida a través de los medios que el derecho permite; de modo que, al estar la propiedad adquirida en base a la comisión de hechos ilícitos (los propios o los de un tercero) viciada en su origen, no puede sostenerse válidamente un derecho respecto de ésta³⁶.

En ese mismo sentido, se sostuvo que el decomiso debe ser entendido, no como una sanción hacia el autor del delito, sino como una forma de recupero de los activos provenientes de la comisión de delitos, poniendo la mira en el patrimonio de las redes criminales y de esa forma además, proceder a las reparaciones de las víctimas con esos activos y evitar la reutilización de las ganancias ilícitas por parte de los criminales³⁷.

Finalmente, corresponde hacer expresa referencia a un aspecto novedoso introducido en la citada reforma que es verdaderamente importante, esto es la facultad judicial de aplicar, siempre que existan indicios suficientes que relacionen los bienes al delito y en ciertas circunstancias específicamente previstas, el decomiso definitivo de bienes sin necesidad de condena penal.

Ello es procedente únicamente “en los delitos previstos en el artículo 213 *ter* y *quáter* y en el Título XIII del Libro Segundo del Código”, aunque, vale decir, se está discutiendo seriamente

³⁶ *Recupero de activos...*, Oficina Anticorrupción, cit., Pág. 24.

acerca de la posibilidad de extender el instituto a otras actividades cometidas por organizaciones criminales tipificadas en el ordenamiento de fondo³⁸.

V.- Conclusiones

Los delitos que tienen como finalidad la obtención de ganancias económicas, como el narcotráfico, las redes de trata de personas e inmigración ilegal, los fraudes tributarios, el lavado de dinero, la corrupción y el contrabando, se realizan a través de formas cada vez más complejas de organización que les aseguran a sus responsables un aumento progresivo de sus ingresos ilegítimos, su permanencia en el tiempo y una amplia cobertura de impunidad frente a las agencias del sistema penal.

Las modalidades delictivas caracterizadas por su alta rentabilidad y por cierto grado de organización en su funcionamiento, constituyen un fenómeno crítico para los órdenes políticos, económicos y sociales de los países.

La respuesta que tradicionalmente se ha ofrecido desde el sistema de justicia penal frente a este tipo de criminalidad es la de concentrar todos los esfuerzos para la investigación de los hechos y la sanción de los responsables, con niveles de eficacia que se ubican muy por debajo de las expectativas propuestas y que sólo alcanzan a las categorías inferiores en la escala jerárquica de las empresas criminales.

En el ámbito de la comunidad internacional, a la luz del principio reconocido en todas las culturas jurídicas de que nadie debe beneficiarse de sus acciones ilícitas, se viene advirtiendo que la práctica tradicional de investigar y aplicar sanciones sólo en orden a los hechos delictivos principales debe ser complementada a través de nuevas estrategias de persecución penal orientadas a neutralizar las ganancias y obstaculizar el enriquecimiento de quienes integran organizaciones ilícitas.

En función de ello, en coincidencia con las acciones que desde hace algunas décadas se están desarrollando para la prevención y sanción del lavado de activos provenientes de actividades criminales, es fundamental que en el ámbito de la práctica judicial se tome conciencia acerca de la

³⁷ SARRABAYROUSE, Diego, *Recupero de los activos desde una visión vinculada al delito de lavado de activos de origen delictivo*, en *Una Visión...*, cit., Pág. 62.

³⁸ Ver Expte. S-198/14 del H. Senado de la Nación Argentina, Senador GIUSTINIANI y OTROS - Proyecto de ley sobre extinción de dominio sobre los bienes provenientes del narcotráfico... (DAE-10); Expte. S-1171/14, Senador MORALES - Proyecto de ley regulando la acción de extinción del dominio a favor del Estado Nacional de bienes de personas provenientes de actividad ilícitas, cuando la acción penal haya prescripto o hubiere fallecido el imputado (DAE-58); Expte. S-1569/14, Senadora MICHETTI y Senador SANTILLI - Proyecto de ley sobre extinción de dominio de haberes vinculados al narcotráfico, trata de personas, crimen organizado y delitos de corrupción. (DAE-77).

importancia de optimizar el uso de las herramientas que ofrece el ordenamiento jurídico argentino a partir de las últimas reformas introducidas en la materia.

La lucha contra la criminalidad organizada demanda que todos los actores que intervienen en el proceso penal asuman con compromiso la responsabilidad de realizar investigaciones patrimoniales de los sujetos que se encuentran imputados en las actividades criminales antes referenciadas, disponer las medidas cautelares efectivas y decomisar los bienes que resulten ser las ganancias o el provecho de un delito.