



Centro de Investigación
y Prevención de la
Criminalidad Económica

OBSERVACIONES Y SUGERENCIAS AL ANTEPROYECTO DE CODIGO PENAL

INTRODUCCIÓN. ACLARACIONES PREVIAS.

El trabajo del CIPCE aborda específicamente el problema de la criminalidad económica, en sus distintas facetas. Por lo tanto, los comentarios que aquí se harán al Anteproyecto de Código Penal se vincularán únicamente con las cuestiones relativas a los delitos económicos, abarcando tanto la parte general como la parte especial del Código.

Asimismo, puesto que estos temas permitirían un debate inacabable, hemos decidido hacer hincapié tan solo en los principales puntos cuya formulación entendemos desacertada. Esto no significa desconocer las modificaciones positivas que introduce el Anteproyecto, como tampoco la existencia de otros puntos con los que también estamos en desacuerdo.

COMENTARIOS GLOBALES

De la misma manera que en otros países, en Argentina la Justicia tiene dos caras bien diferenciables.

Cuando la persona investigada pertenece a los sectores sociales más desprotegidos, el sistema penal se encarga de lograr cierto nivel de “eficiencia”. Sin embargo, esto lo hace a costa de permitir –e incluso fomentar– violaciones sistemáticas de las garantías constitucionales de los imputados.

En el otro extremo, cuando el investigado es una persona que ejerce cierta cuota de poder –político y/o económico–, la Justicia se caracteriza por su

ineficiencia. Desde ya que esto se verifica en el caso de los funcionarios públicos, pero la regla se refuerza aún más cuando el imputado es un actor privado que pertenece al Poder Económico.

Estos extremos representan las dos caras de una misma moneda. Es justamente este estado de situación el que explica que las cárceles estén llenas principalmente de pobres, que sufren un trato cruel por parte del mismo sistema que garantiza la impunidad de otros.

Entendemos que una de las ideas que impulsó la reforma del Código Penal consiste en reducir la forma brutal en que el sistema penal aplica sus castigos a los sectores más pobres.

Indudablemente coincidimos con esta intención, y entendemos que es imprescindible una modificación estructural en ese sentido.

Sin embargo, es imposible resolver este problema si al mismo tiempo no se refuerza la persecución de la criminalidad correspondiente a los sectores más poderosos. De lo contrario, la Justicia continuará actuando con una lógica tan extremadamente selectiva como la que maneja en la actualidad, y las reformas normativas no representarán mejora alguna.

Frente a esto, un nivel previo de discusión debería analizar si realmente es conveniente que todos los delitos se encuentren contenidos en un mismo Código. En este sentido, debe considerarse la posibilidad de un Código para delitos "comunes" y otro para delitos complejos y de una naturaleza particular, que necesariamente obliga una investigación y un juzgamiento diferenciado. En ese orden de ideas, este último código podría abarcar no solo delitos económicos, sino también trata de personas, tráfico de armas, narcocriminalidad, entre otros.

En líneas generales, este Anteproyecto evidencia una postura blanda frente a la criminalidad económica, y por ende funcional a estos fenómenos delictivos. Las modificaciones "positivas" que pueda incluir en este aspecto no llegan a compensar los puntos extremadamente cuestionables que contiene.

El articulado refleja una visión tradicionalista y anticuada del problema de la delincuencia económica. Esta forma de ver el problema se enfoca en los delitos de corrupción, y los percibe como una cuestión propia únicamente de los funcionarios públicos. Esto relega a un plano totalmente secundario el rol que

tienen en estos delitos los agentes privados, particularmente los grupos económicos.

Los delitos económicos cometidos por privados deben ser perseguidos con el mismo énfasis que los delitos de funcionarios públicos. De hecho, los flujos financieros ilícitos a nivel mundial proceden principalmente de actividades comerciales irregulares, excediendo notablemente a la cantidad de dinero que mueve la corrupción gubernamental¹.

Asimismo, en líneas generales las penas previstas para los delitos económicos siguen siendo bajas, al igual que en el Código Penal actual (más allá de que para ciertos delitos se aumenten levemente las sanciones). Esto revela una grave incoherencia dentro del Código, habida cuenta del inmenso daño social que producen estas conductas, afectando al sistema democrático de gobierno y a la implementación de políticas públicas en diversas áreas –lo que en definitiva perjudica particularmente a los sectores más vulnerables–.

A su vez, la ausencia de penas mayores, acordes a la gravedad de estos delitos, resulta funcional a la prescripción de la acción penal en relación a los mismos. Esto no significa que la principal razón para aumentar las penas sea la existencia de constantes prescripciones, sino que el aumento debe obedecer a la magnitud de los hechos. Tampoco desconocemos que éste no es un problema que deba resolverse a través del Código Penal, sino de una reforma del Código Procesal Penal de la Nación y del sistema de justicia. Sin embargo, ninguno de estos dos puntos debe hacer que dejemos de lado una realidad evidente: las prescripciones son habituales en los delitos económicos, y las penas bajas son uno de los tantos factores que contribuyen a esto.

Si bien, la discusión sobre las penas no debe soslayar el hecho de que las grandes falencias de este Anteproyecto en materia de persecución de la criminalidad económica no residen en la parte especial del articulado, sino en la parte general.

Sin perjuicio que la discusión pública sobre el Anteproyecto se ha centrado casi exclusivamente en el debate sobre el aumento y la reducción de penas, nosotros entendemos que es en los artículos de la parte general donde se

¹ “La fuga de capitales II. Argentina en el escenario global (2002-2009)”, de Jorge Gaggero, Romina Kupelian y María Agustina Zelada. CEFID-AR. Documento de Trabajo N° 29 - Julio de 2010. Pág. 43. Disponible en www.cefid-ar.org.ar.

encuentran algunas de las disposiciones más preocupantes para los temas que aquí trataremos.

En definitiva, los avances progresistas en varias áreas que pretende lograr este Anteproyecto se ven opacados por la pésima regulación que hace de los delitos económicos. Ello, evidencia una postura plenamente funcional a la criminalidad de los sectores económicos poderosos, y desconoce el altísimo daño social que generan estos delitos.

LA ELIMINACIÓN DEL DOLO EVENTUAL

En el art. 1, inciso 2, acápite "a", el Anteproyecto establece que *"solo se considerarán delitos las acciones u omisiones [...] realizadas con voluntad directa, salvo que también se prevea pena por imprudencia o negligencia"*. De esta manera, elimina la posibilidad de que un delito sea cometido con dolo eventual.

Según consta en la Exposición de Motivos, esta decisión *"tiende a resolver un problema que ocupa a la doctrina desde hace más de un siglo y que no ha tenido solución satisfactoria hasta el presente"*. Explican también el dolo eventual ha ocasionado particulares problemas en los casos de los homicidios de tránsito y similares, *"donde parece que la trascendencia mediática del caso es la que decide la calificación, determinando una diferencia abismal en la pena"*. Por último, expresan el peligro de que el concepto de dolo eventual sea manipulado en cualquier tipo penal, y no solo en estos homicidios.

La eliminación del dolo eventual **implicaría la impunidad de muchos delitos económicos**. Esto se debe principalmente a cuestiones probatorias, a la naturaleza misma de gran parte de los delitos económicos, y a ciertas formas en las que suelen darse algunos de estos delitos.

En primer lugar, la eliminación del dolo eventual **incrementa aún más las dificultades que existen para probar estos delitos**, y por lo tanto para obtener una condena. Al tratarse de fenómenos criminales complejos, su investigación presenta un nivel de dificultad mucho mayor al de los delitos comunes, dado que la maniobra puede haber involucrado la utilización de múltiples personas jurídicas, estructuras de inversión colectivas que oculten a los verdaderos beneficiarios, flujos financieros que atraviesen guaridas fiscales, instrumentos comerciales y financieros complejos, etc.

A todo esto, se agregaría además la necesidad de probar que el hecho fue realizado con dolo directo, lo cual aumentaría todavía más la dificultad de llevar estos casos a juicio, en hechos que ya actualmente presentan bajísimos niveles de condenas.

Más allá de la cuestión probatoria, esta modificación que introduce el Anteproyecto **desconoce que los fraudes económicos y bancarios se cometen esencialmente con dolo eventual**. Estos delitos se dan a través de una actividad especulativa de riesgo. Quienes realizan el fraude, primero

captan los capitales, para luego llevar adelante una administración riesgosa de activos. Un ejemplo claro de esto son las estafas realizadas a través de un esquema Ponzi². A nivel internacional, el caso Madoff de Estados Unidos fue uno de los más famosos en este sentido. Esta administración riesgosa de activos implica que la intención y la voluntad que tienen quienes realizan estas maniobras no suele encuadrar dentro de un dolo directo, sino de uno eventual. Por ende, con la eliminación de este tipo de dolo, todas estas conductas dejarían de ser delitos, y quedarían impunes.

Otra razón que contribuye a considerar inconveniente la eliminación del dolo eventual se encuentra reflejada **en otros delitos donde también el dolo eventual es el que prima por sobre el directo**. Por ejemplo, en conductas vinculadas al lavado de activos, cuando se analiza la conducta de los sujetos obligados. Un ejemplo claro de ello sería el caso de un banco que permite que se desarrolle una maniobra de divisas sin tener la certeza de que los activos en cuestión provienen de una actividad lícita, o sin siquiera tener una regulación interna o sistema de *compliance* que le permita detectar ese origen ilícito. En estos casos generalmente se considera que los directivos y/o empleados de la entidad cometen el delito con dolo eventual. Por lo tanto, hechos de esta índole también quedarían impunes.

Finalmente, es importante tener en cuenta que muchos delitos económicos no registran un tipo culposo, por lo que **la inclusión de una culpa temeraria no aportaría ninguna solución a estos problemas**, a diferencia de lo que se afirma en la Exposición de Motivos.

Tampoco la “presión mediática” que se señala en dicho apartado puede justificar la eliminación del dolo eventual del Código Penal. En ese sentido, un juez o fiscal que ceda frente a la presión social o mediática incurrirá en mal desempeño, y la solución a este problema deberá encontrarse en los ámbitos propios de su régimen disciplinario, pero no en la eliminación de uno de los niveles de la intención de una conducta delictiva.

² El **esquema Ponzi** es una operación fraudulenta de inversión que implica el pago de intereses a los inversores de su propio dinero invertido o del dinero de nuevos inversores. Esta estafa consiste en un proceso en el que las ganancias que obtienen los primeros inversionistas son generadas gracias al dinero aportado por ellos mismos o por otros nuevos inversores que caen engañados por las promesas de obtener, en algunos casos, grandes beneficios. El sistema funciona solamente si crece la cantidad de nuevas víctimas.

Sin perjuicio de lo expuesto, la relación entre la Justicia, los medios de comunicación y la sociedad civil evidencian una problemática mucho más profunda, que ninguna manera puede ser solucionada por un código penal ya que no se resuelve eliminando el dolo eventual del Código.

En definitiva, consideramos que **el dolo eventual no debe ser eliminado**, dado que tendría importantes efectos negativos para la prevención y persecución de los delitos económicos.

LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD PROCESAL A DELITOS ECONÓMICOS

El Anteproyecto establece para ciertos supuestos el principio de oportunidad procesal, dando al Ministerio Público Fiscal la posibilidad de no promover la acción o desistir de la promovida hasta antes de la fijación de fecha para el debate oral –en ambos casos, fundadamente– (art. 42, inc. 3). El acápite “d” de este inciso abarca a los *“hechos delictivos con contenido patrimonial y sin violencia sobre las personas [...] cuando mediare conciliación o acuerdo entre las partes”*.

Esta disposición **no tiene en cuenta el grave daño social que produce la criminalidad económica**, razón por la cual resultaría ilógico no promover la acción penal –o desistir de ella– en estos casos. Se trata de delitos cuyos efectos trascienden ampliamente a los particulares involucrados, a tal punto que en muchas ocasiones resulta complejo identificar una o varias víctimas específicas.

Consideramos que debería eliminarse el acápite, o modificar su redacción, que puede consistir en aclarar que estos *“hechos delictivos con contenido patrimonial...”* no resultan aplicables frente a delitos complejos.

En ese sentido, se debe buscar que el principio de oportunidad se aplique a ciertos hechos *“simples”*, pero no a los delitos económicos. Así, podrá desistirse de la acción frente a un hurto, y al mismo tiempo no se correría el riesgo de dejar de perseguir una estafa realizada por un banco a miles de ahorristas, simplemente porque el banco ofreció compensar a las víctimas y ellas aceptaron. En este sentido, debe tenerse en cuenta que los delitos económicos suelen ser cometidos por personas que se encuentran en condiciones de ofrecer sumas de dinero lo suficientemente altas como para alcanzar estos acuerdos posteriores y lograr su impunidad.

Por último, es importante señalar que compartimos plenamente la inclusión del principio de oportunidad procesal en nuestro sistema, pero creemos que la forma de alcanzarlo es a través de la reforma del Código Procesal Penal de la Nación y del sistema de justicia, redefiniendo estructuralmente el rol del Ministerio Público Fiscal.

EL CONCEPTO DE “PERSONA DIRECTAMENTE OFENDIDA” RESTRINGE LA PARTICIPACIÓN DE LA SOCIEDAD CIVIL.

El Anteproyecto introduce el concepto de “persona directamente ofendida”, tanto en lo referente a la posibilidad de ejercer la acción pública y constituirse como querellante (art. 42), como a la facultad de ser el único sujeto que puede ejercer la acción dependiente de instancia privada (art. 43). Al regular el ejercicio de la acción privada (art. 44), el Anteproyecto retoma el concepto de “agraviado”.

Esta técnica legislativa tiene la consecuencia de **restringir aun más la participación de las organizaciones de la sociedad civil en casos de interés público**, como son los hechos de corrupción y delincuencia económica. En efecto, actualmente esta participación ya es de por sí extremadamente limitada. Los jueces no admiten organizaciones de la sociedad civil como querellantes en casos de corrupción (e incluso de hacerlo, las organizaciones correríamos el riesgo de ser condenados en costas, cuando muchas ONG no contamos con los recursos suficientes).

Esto ha generado que desde el CIPCE hayamos tenido que litigar casos utilizando particularmente dos figuras procesales: la de terceros con un interés legítimo, y la de amigos del tribunal. Sin embargo, ambas figuras tienen serias limitaciones y no permiten una participación amplia de la sociedad civil en casos donde se investigan y juzgan delitos económicos.

En adición a todo esto, es importante destacar que el ejercicio de las acciones se encuentra esencialmente vinculado al Código Procesal Penal de la Nación, lo que refuerza la necesidad de modificar estructuralmente el CPPN.

La actuación de organizaciones tales como Abuelas y Madres de Plaza de Mayo frente a delitos de lesa humanidad evidencia la importancia de que el Estado permita y fomente la participación de organizaciones de la sociedad civil en procesos donde se ventilan temas de interés público, que en definitiva atañen a toda la sociedad.

Por todo esto, sugerimos que se utilice un concepto más amplio y abarcativo, abandonando la expresión “persona directamente ofendida”.

VARIOS DELITOS ECONÓMICOS PASAN A SER DEPENDIENTES DE INSTANCIA PRIVADA.

Actualmente, todos los delitos vinculados a la criminalidad económica dan nacimiento a acciones públicas, con la excepción de la concurrencia desleal del art. 159 CP (acción privada). El Anteproyecto, en su art. 43, establece que serán dependientes de instancia privada las acciones que se deriven –entre otros– de ciertos delitos abarcados por el derecho penal económico: las estafas y otras defraudaciones (inciso “e”); la entrega de cheque sin provisión de fondos (inciso “f”); los delitos relativos a los derechos intelectuales, a las marcas y designaciones y a los modelos y diseños industriales (inciso “g”); las insolvencias punibles (inciso “h”); y los delitos vinculados con fraudes al comercio y a la industria (inciso “j”).

Esto dificulta extremadamente la persecución de varios delitos económicos, y desconoce su naturaleza particular. Este cambio en el régimen de las acciones aumenta la posibilidad que ciertos delitos no sean perseguidos penalmente, cuando no existe un impulso inicial por parte de la “persona directamente ofendida” (concepto ya criticado en este documento). Asimismo, no tiene en cuenta qué suele ocurrir con las víctimas en estos hechos.

En primer lugar, estos delitos tienen una incidencia sobre la sociedad en general y sobre el concepto y eventualmente el bien jurídico tutelado como lo es la fé pública en particular, y sus efectos dañinos se extienden mucho más allá de cualquier víctima concreta que pudiera identificarse. Por lo tanto, no solo es erróneo que el Estado resigne la facultad de iniciar la persecución penal frente a estas conductas, sino que además es altamente desaconsejable desde el punto de vista político criminal.

Por otra parte, dado que son hechos que directa o indirectamente afectan a toda la sociedad, en muchas ocasiones suele ser difícil identificar una o varias víctimas específicas. En estos casos, ¿Qué interpretarían los jueces y fiscales sobre el concepto de “personas directamente ofendidas”?, cuando uno de los principios rectores en derecho penal está constituido por el de máxima taxatividad de la ley penal.

Incluso en los casos en lo que puedan identificarse víctimas concretas, es común que existan múltiples razones que disuadan a las mismas de formular la

denuncia penal: falta de confianza en la Justicia, falta de conocimiento sobre sus derechos, dificultades para acceder a la justicia, temor a represalias, entre otros factores.

En definitiva, son muchas las razones que muestran la inconveniencia de enmarcar los delitos económicos bajo el régimen de las acciones dependientes de instancia privada. Por lo tanto, **sugerimos que continúen siendo delitos de acción pública.**

SE PERMITE LA SUSPENSIÓN DEL JUICIO A PRUEBA PARA LOS DELITOS ECONÓMICOS COMETIDOS POR PRIVADOS.

El artículo 45 del Anteproyecto regula la suspensión del proceso a prueba. Acertadamente, el inciso quinto establece que *“no procederá la suspensión del proceso a prueba, para el funcionario público que en ejercicio o con motivo de sus funciones hubiere participado en el delito”*.

Esta disposición tiene un problema que se refleja también en el resto del Anteproyecto: considera a la criminalidad económica como un problema que atañe exclusivamente a los funcionarios públicos, y **no tiene en cuenta los delitos económicos cometidos por privados**. En efecto, por más que nos parezca adecuada la prohibición de aplicar la *probation* a delitos cometidos por funcionarios públicos (por el innegable interés público involucrado y la gravedad del hecho), también debería extenderse a delitos económicos cometidos por actores del sector privado, cuyos efectos también son sumamente dañinos a nivel social.

Teniendo en cuenta las bajas penas que suelen corresponder a este tipo de delitos, resulta obvio que muchos supuestos en los que intervengan actores privados –particularmente, empresarios y grupos económicos– serán pasibles de la aplicación de la suspensión del juicio a prueba. El art. 45 prevé que este instituto se aplique “a quien en el caso concreto no se le hubiere de imponer una pena de prisión superior a tres años” (entre otros requisitos). El Código Penal actual establece que el máximo de la pena del delito no debe exceder de tres años (art. 76 bis). Por lo tanto, el Anteproyecto amplía aun más las posibilidades de que se aplique la suspensión del juicio a prueba a un delito económico.

En síntesis, sugerimos que se modifique la redacción del inciso o que se agregue uno adicional, enumerando los delitos económicos en los que no podrá aplicarse este instituto.

LA NUEVA REGULACIÓN DEL DECOMISO

El Anteproyecto distingue entre el decomiso de los instrumentos del delito (art. 55) y del provecho (art. 54); asimismo, busca que se dé a los bienes decomisados una utilidad social. El principal cambio consiste en que ambas formas de decomiso serán procedentes en cualquier delito *“cuando por cualquier razón no mediare condena, pero en el proceso se hubiere probado el origen ilícito de los bienes y su vinculación con el delito”* (art. 56).

El principal problema es que en líneas generales **el Anteproyecto mantiene la visión del decomiso como una pena**, que no solo resulta errada sino que además es ineficiente desde el punto de vista político criminal.

Esto no implica desconocer ciertas ventajas que representa sobre la legislación actual. Por un lado, extiende el catálogo de delitos en los cuales puede aplicarse un decomiso sin necesidad de que exista una condena penal. Por otra parte, como ya mencionamos, pretende que los bienes decomisados sean utilizados de modo tal que generen una utilidad a la sociedad.

Más allá de estos puntos, **la regulación que se eligió no es la más conveniente para la situación de nuestro país**. El desarrollo de amplios mercados criminales y el avance de la delincuencia organizada y de los fenómenos delictivos complejos exigen que Argentina adopte un sistema de extinción de dominio, como han hecho varios países de América Latina como Colombia, entre otros.

En esos sistemas, la posibilidad de que el Estado adquiriera de manera definitiva la propiedad de los bienes en cuestión se encuentra supeditada exclusivamente a demostrar el origen ilícito de esos activos.

La letra del art. 56 del Anteproyecto permitiría interpretar que los únicos presupuestos que deben darse para que proceda el decomiso serían la prueba del origen ilícito de los bienes y su vinculación con el delito. Puesto que se admite *“cualquier razón por la que no medie condena”*, esta categoría podría incluir el desarrollo mismo del proceso; es decir, la razón por la que no mediare condena podría ser simplemente que la causa se encuentra en la etapa de instrucción.

Sin embargo, la Exposición de Motivos indica que *“este inciso prevé el caso en que no hubiera recaído condena, como puede ser por extinción de la acción penal,*

por muerte del imputado, por prescripción o por cualquier otra causa". De esta manera, los ejemplos brindados aluden a la imposibilidad de obtener una condena o de realizar el juicio, asemejándose a la redacción del actual párrafo séptimo del art. 23 CP. Así, en definitiva, lo que se intenta regular es un sistema de decomiso no penal similar al vigente, aunque aplicable a un mayor número de delitos.

Esto además presenta otros problemas puntuales. Por ejemplo, no se prevé la posibilidad de decomisar bienes por valor equivalente en los casos en que no fuera posible la localización, identificación o afectación material de los bienes de origen ilícito (v. gr., si se encontraran en poder de un tercero de buena fe que los hubiera adquirido a título oneroso).

La visión del decomiso como pena en el Anteproyecto vuelve a hacerse presente en otras cuestiones. Por ejemplo, no cualquier origen ilícito habilitaría este decomiso, sino solamente el origen ilícito vinculado al delito que se esté investigando.

En definitiva, consideramos que **Argentina debe adoptar un sistema de extinción de dominio aplicable**, por lo menos, a actividades vinculadas a fenómenos criminales complejos y economías delictivas que se encuentran en constante crecimiento (criminalidad económica, trata de personas, tráfico de armas, entre otros). La extinción de dominio representa un instituto fundamental para la política criminal de cualquier Estado frente a este tipo de ilícitos.

La acción de extinción de dominio es de naturaleza jurisdiccional, de carácter real y de contenido patrimonial. Tiene un carácter in rem, y se dirige contra los bienes considerados ilícitos, ya sea por su naturaleza, origen o destino. Por el contrario, no se dirige contra ninguna persona en particular; de ello se deriva que sea una acción autónoma, distinta e independiente de cualquier acción penal o de otra naturaleza. Eso debe respetarse incluso cuando la extinción de dominio se hubiere iniciado simultáneamente, se hubiere derivado, o tuviere origen en esta otra acción.

Así, la procedencia de este tipo de decomiso debería encontrarse condicionada exclusivamente a la prueba del origen ilícito de los bienes, sin que deba incluirse mención alguna a la situación procesal de las personas.

En el último semestre, el Estado colombiano "incautó u ocupó bienes con fines de extinción de dominio por un total de 476.630 millones de pesos", lo cual

equivale aproximadamente a unos 250 millones de dólares (así lo informó a principios de mayo la Fiscalía Especializada de Extinción del Derecho de Dominio). De tener una regulación diferente –en la cual, por ejemplo, se exigiera la muerte de la persona, la prescripción, etc.–, difícilmente podrían haber logrado estos resultados.

A su vez, **las categorías de bienes que pueden decomisarse a través de esta acción deben ser más amplias** que la simple división entre “instrumentos” y “provecho” del delito. En este sentido, puede seguirse la línea del art. 10 del Código de Extinción de Dominio de Colombia (ley nº 1708), que establece como bienes decomisables a los siguientes:

- 1. Los que sean producto directo o indirecto de una actividad ilícita.*
- 2. Los que correspondan al objeto material de la actividad ilícita, salvo que la ley disponga su destrucción.*
- 3. Los que provengan de la transformación o conversión parcial o total, física o jurídica del producto, instrumentos u objeto material de actividades ilícitas.*
- 4. Los que formen parte de un incremento patrimonial no justificado, cuando existan elementos de conocimiento que permitan considerar razonablemente que provienen de actividades ilícitas.*
- 5. Los que hayan sido utilizados como medio o instrumento para la ejecución de actividades ilícitas.*
- 6. Los que de acuerdo con las circunstancias en que fueron hallados, o sus características particulares, permitan establecer que están destinados a la ejecución de actividades ilícitas.*
- 7. Los que constituyan ingresos, rentas, frutos, ganancias y otros beneficios derivados de los anteriores bienes.*
- 8. Los de procedencia lícita, utilizados para ocultar bienes de ilícita 1a procedencia.*
- 9. Los de procedencia lícita, mezclados material o jurídicamente con bienes de ilícita procedencia.*
- 10. Los de origen lícito cuyo valor sea equivalente a cualquiera de los bienes descritos en los numerales anteriores, cuando la acción resulte*

improcedente por el reconocimiento de los derechos de un tercero de buena fe exenta de culpa.

11. Los de origen lícito cuyo valor corresponda o sea equivalente al de bienes producto directo o indirecto de una actividad ilícita, cuando no sea posible la localización, identificación o afectación material de estos.”

Ahora bien, la extinción de dominio no debe estar regulada en el Código Penal, puesto que este decomiso no es una pena ni se encuentra ligado a la investigación, juicio y condena de una persona física o jurídica. Asimismo, esa eventual ley de extinción de dominio debería prever la realización de al menos una audiencia oral, en la que se garantice un contradictorio pleno donde aquel que se considere afectado por el decomiso tenga la oportunidad de probar ampliamente el derecho que invoca, e incluso impugnar una eventual decisión adversa del juez.

Un ejemplo concreto de la importancia de regular este tipo de decomisos lo constituye **la causa donde se investiga al clan Alé por lavado de activos y asociación ilícita**. En la sentencia que originalmente los había absuelto por la desaparición de Marita Verón, los jueces consideraron que estaba demostrada la existencia de una organización criminal con numerosos bienes y una estructura económica considerable. A raíz de eso, la Unidad de Información Financiera (UIF) y la Procuraduría de Criminalidad Económica y Lavado de Activos (PROCELAC) impulsaron una investigación por lavado de dinero, donde incluso se procesó a los miembros de la organización y se embargaron sus bienes. Los embargos solicitados por la UIF alcanzaron una suma de aproximadamente 345 millones de pesos. Éste es un caso en el cual, si bien el proceso se encuentra en la fase de instrucción, se encuentra acreditado el origen ilícito de bienes por valores millonarios. Ni el decomiso vigente en el Código Penal ni el propuesto por el Anteproyecto permiten que estos bienes se recuperen de manera rápida. Por el contrario, una ley de extinción de dominio sí permitiría que estos bienes se decomisaran de forma inmediata, sin necesidad de esperar el resultado del juicio.

LA ELIMINACIÓN CASI ABSOLUTA DEL RÉGIMEN PENAL CAMBIARIO.

El régimen penal cambiario actual se encuentra establecido en la ley nº 19.359. Con la intención de centralizar todas las normas penales en el Código, el Anteproyecto procura regular este régimen en el art. 171.

Ésta es una de las modificaciones más graves que introduce el Anteproyecto, en materia de delitos económicos. No solo suprime drásticamente el abanico de conductas punibles, sino que además presenta incoherencias y disposiciones que resultarán ineficientes en un ámbito tan particular como éste.

Actualmente, los delitos cambiarios previstos por la ley 19.359 abarcan conductas que pueden sintetizarse en tres ejes: operaciones de cambio; ingreso y egreso de capitales; y operaciones de exportación e importación. El art. 171 del Anteproyecto, en sus dos primeros incisos, reduce la gama de conductas punibles solamente a algunas acciones relacionadas con las operaciones de cambio (particularmente, la actuación sin autorización o la actuación excediendo la misma).

En concreto, esto significa que **la gran mayoría de los delitos cambiarios quedarían impunes**, puesto que todas esas conductas mencionadas dejarían de estar sancionadas penalmente. Entre otros, se deroga el inciso “e” del art. 1 de la ley 19.359, que reprime *“toda operación de cambio que no se realice por la cantidad, moneda o al tipo de cotización, en los plazos y demás condiciones establecidos por las normas en vigor”*. Esta norma permite perseguir **la fuga de capitales**. Éste es un problema particularmente importante para nuestro país, considerando que la cantidad de dólares fugados en la actualidad ronda los 400 mil millones de dólares, según algunas estimaciones³.

Con la intención de eliminar las leyes penales en blanco, el Anteproyecto propone también derogar el inciso “f” del mismo artículo, que sanciona *“todo acto u omisión que infrinja las normas sobre el régimen de cambios”*. La realidad es que siempre y cuando satisfagan ciertos requisitos –que la doctrina y la

³ Tax Justice Network, “The price of offshore revisited”, James S. Henry, Julio de 2012. Disponible en <http://www.taxjustice.net/>

jurisprudencia se han encargado de precisar—, las leyes penales en blanco no presentan problemas de constitucionalidad.

Además, al derogar esta norma, **el Anteproyecto desconoce la importancia que revisten las leyes penales en blanco en el régimen penal cambiario**. No solo son normas compatibles con las garantías constitucionales, sino que además resultan fundamentales para ámbitos como éste, que se caracterizan por su dinamismo y la necesidad de constantes ajustes.

No se trata de un “recurso abusivo”, como se indica en la Exposición de Motivos, sino de una exigencia derivada de la propia naturaleza de estos delitos. En la práctica, sería imposible desarrollar un régimen penal cambiario si no se delegarán ciertas facultades en la autoridad monetaria. Es ésta autoridad la que puede manejarse con una celeridad mucho mayor que un Congreso, de modo tal que pueda adaptarse a las coyunturas fluctuantes.

En adición a esto, al eliminar la existencia de un orden diferenciado y centralizar todo en el Código Penal, **el principio de la ley penal más benigna se aplicaría incluso en casos en los que resulta ilógico**. Al prescindir de normas que complementen la ley penal en blanco, dicho principio se aplicaría no solo cuando se modifica la obligación sustancial, sino también cuando varían las condiciones objetivas de punibilidad. Éstas se caracterizan por su volatilidad, y por encontrarse previstas en normas que cambian con una alta frecuencia (particularmente, en épocas de crisis económica). Esto conduciría a que constantemente un gran conjunto de delitos pasaran a quedar impunes, debiendo cerrarse las causas iniciadas.

Por otro lado, **el Anteproyecto introduce un sistema de multas que resulta irrazonable frente a la delincuencia económica**. En el caso particular del art. 171, prevé una pena de multa de 90 a 360 días, mientras que el régimen actual de la ley 19.359 establece multas cuyo valor se fija en relación al monto de la operación en infracción. Esta última opción resulta mucho más coherente con estas formas de delincuencia. De lo contrario, un sistema de multas fijas (incluso previendo una escala) resulta funcional a los grandes delitos económicos, y se genera **la paradoja de que a fin de cuentas será más conveniente cometer un delito que involucre un monto de dinero mayor**, dado que la multa representará entonces un porcentaje mucho menor frente a las ganancias percibidas.

Dentro de las causas actuales que se cerrarían si se modificara el régimen penal cambiario como lo propone el Anteproyecto se encuentra **el caso de las maniobras de “contado con liqui” realizadas por el Banco Francés**. En este proceso, el Banco Central inicialmente abrió el sumario por violación a los incisos “e” y “f” del artículo 1 de la ley 19.359 (ambos serían derogados por el Anteproyecto, como mencionamos previamente). Esta causa, por lo tanto, quedaría impune. En el futuro, tampoco podría iniciarse ningún sumario ni causa penal por maniobras similares, dado que las conductas serían atípicas.

De la misma manera, no podría ejecutarse la sentencia condenatoria en **el caso donde se investigó a la curtiembre Yoma S.A.** por no haber ingresado y negociado las divisas de tres operaciones comerciales. Esta condena se dictó por infracciones al régimen penal cambiario que encuadraron en los incisos “e” y “f” del art. 1, ley 19359.

Por último, el inciso tercero del art. 171 del Anteproyecto establece que *“no configuran este delito y quedan sometidas a las sanciones administrativas, las actividades lucrativas prohibidas que en total no superen el equivalente a 140 salarios mínimos, vitales y móviles”*. Esta disposición resulta totalmente ilusoria, habida cuenta de que **en materia cambiaria no existe un régimen de sanciones administrativas**, como sí ocurre en cuestiones tributarias y aduaneras, por ejemplo.

En síntesis, consideramos gravemente preocupantes las reformas introducidas al régimen penal cambiario, dado que lo limitan de manera severa y necesariamente conducirán a la impunidad de una gran cantidad de delitos.

LOS CAMBIOS AL TIPO PENAL DEL LAVADO DE ACTIVOS.

En el año 2011, se sancionó la ley 26.683, modificatoria de la 25.246 que establece el sistema de prevención del lavado de activos y financiamiento del terrorismo. Dicha modificación, incorporó las recomendaciones realizadas por el Grupo de Acción Financiera en virtud del seguimiento que este organismo estaba realizando a la Argentina. Las principales modificaciones, tuvieron que ver con la incorporación de la figura del autolavado, la modificación del bien jurídico protegido, el aumento del mínimo de la pena entre otras. De este modo, el tipo penal quedó redactado de la siguiente forma:

DELITOS CONTRA EL ORDEN ECONOMICO Y FINANCIERO

"ARTICULO 303. - 1) Será reprimido con prisión de tres (3) a diez (10) años y multa de dos (2) a diez (10) veces del monto de la operación, el que convirtiere, transfiriere, administrare, vendiere, gravare, disimulare o de cualquier otro modo pusiere en circulación en el mercado, bienes provenientes de un ilícito penal, con la consecuencia posible de que el origen de los bienes originarios o los subrogantes adquieran la apariencia de un origen lícito, y siempre que su valor supere la suma de pesos trescientos mil (\$ 300.000), sea en un solo acto o por la reiteración de hechos diversos vinculados entre sí..."

Tal es así, que en los últimos días del mes de junio del corriente, el GAFI⁴ reconoció positivamente los esfuerzos realizados por la Argentina en la materia.

El tipo de lavado de activos del Anteproyecto **da marcha atrás con todas las modificaciones positivas realizadas previamente**, retrocediendo en discusiones que tanto la doctrina como la jurisprudencia había saldado.

Capítulo V. Ocultación y financiamiento ilícitos

"ARTÍCULO 172.-1. Será penado con prisión de TRES (3) a DIEZ (10) años y multa de CIEN (100) a TRES CIENTOS SESENTA (360) días, el que por un único acto o

⁴ <http://www.gafisud.info/noticia.php?n=31>. "GAFI aprueba visita in situ para Argentina y Cuba"

varios vinculados entre sí, administrare o convirtiere el provecho de un delito, dispusiere de él, lo transfiriere o de cualquier modo contribuyere a su circulación en el mercado, sabiendo de su origen delictivo, aunque no conociere sus pormenores, con el propósito de ocultarlo o disimularlo, cuando su valor total supere el equivalente a cien salarios mínimos, vitales y móviles...”

En primer término, el incluir la figura del lavado de activos dentro del capítulo de ocultación **remite nuevamente a la idea del blanqueo como un tipo especial de encubrimiento**, por más que se encuentre ubicado dentro del título de los “Delitos contra el Orden Económico y Financiero”. Esto puede generar confusiones innecesarias.

Otra de las modificaciones que se llevaron adelante con la sanción de la ley 26.683 fue la sustitución de la expresión “*bienes provenientes de un delito*” por “*bienes provenientes de un ilícito penal*”. Esto permitió saldar aquellas dudas – que varios aun mantenían, a nuestro criterio injustificadamente– respecto a si se requiere contar con una condena por el delito precedente para imputar el delito de lavado de activos. Aun previo a la última modificación, la jurisprudencia mayoritaria sostenía que no era necesario contar con una sentencia condenatoria por el delito precedente. El Anteproyecto **abandona el concepto de “ilícito penal” para regresar al de “delito”, reabriendo una discusión que había sido cerrada de modo favorable**, y que podría llevar a posturas que tornen casi imposible la aplicación del delito de lavado.

Respecto a la multa, no parece apropiado establecer para un delito que tiene una motivación patrimonial un esquema de pena pecuniaria basada en salarios mínimos vitales y móviles. El tope establecido por la multa, podría ser en muchos casos inferior al valor de los bienes objeto del delito, de este modo la sanción no tendrá el efecto disuasorio esperado. Por esta razón, **desde un punto de vista político criminal convendría establecer una multa que guarde relación directa con el monto** de la operación de lavado.

Como ya se mencionó previamente, **la eliminación del dolo eventual** en la parte general del anteproyecto de reforma del Código Penal importa un freno a la posibilidad de imputar el delito de lavado de activos a aquellos sujetos que no actúen con dolo directo como ser por ejemplo los sujetos obligados que no toman los recaudos necesarios para evitar la comisión de maniobras de blanqueo aun sabiendo del riesgo que implica. La eliminación de esta figura deja para estos casos solamente la responsabilidad administrativa, volviendo ineficaz el sistema antilavado.

En adición a esto, la incorporación de la exigencia de que la persona realice los actos sobre el bien **“sabiendo de su origen delictivo”**, torna **extremadamente difícil la aplicación** de este tipo penal en la práctica.

En consecuencia, rechazamos estos cambios introducidos por el Anteproyecto al delito de lavado de activos, y **sugerimos que se mantenga la redacción actual.**

CAMBIOS NEGATIVOS AL DELITO DE ASOCIACIÓN ILÍCITA

El delito de asociación ilícita se tipifica en el art. 212, previendo una pena de 2 a 6 años de prisión para quien *"tomare parte en una asociación estable de tres o más personas, destinada a cometer delitos cuya pena máxima sea igual o superior a seis años"*.

Esta tipificación presenta **dos cambios muy negativos** con respecto a la legislación actual. El primero de ellos tiene que ver con la pena prevista para el delito; el segundo, con una de las condiciones objetivas de punibilidad.

En cuanto a lo primero, **se reduce significativamente la pena** correspondiente al delito de asociación ilícita. En el Código Penal actual, la sanción es de 3 a 10 años de prisión. En el Anteproyecto, se estipula una pena de 2 a 6 años. Esto es particularmente negativo si se tiene en cuenta que los delitos económicos se caracterizan por tener penas muy bajas en relación al gran daño que generan, lo que causa una grave incoherencia en el Código.

Por otra parte, en el Anteproyecto se exige que los delitos que esa asociación vaya a cometer tengan una pena máxima igual o superior a diez años. Esto no se encuentra previsto actualmente, por lo que **se agrega un nuevo requisito que dificulta aún más la persecución** de la criminalidad económica.

Dado que los delitos económicos suelen estar reprimidos con penas bajas, varios de ellos podrán quedar fuera de este nuevo requisito del art. 212. Así, por ejemplo, no será punible una asociación ilícita para cometer delitos contra el control de divisas, puesto que la pena máxima que se prevé para este delito es de 4 años (art. 171 del Anteproyecto). También quedará impune la conducta de quienes formaran parte de una asociación ilícita para distorsionar la competencia en los mercados (art. 168 del Anteproyecto, que prevé una pena máxima de 3 años de prisión). Lo mismo se aplica a delitos tales como agiotaje (art. 164, con una pena máxima de 2 años de prisión), balance falso (art. 165, pena máxima de 2 años), y desabastecimiento (art. 167, pena máxima de 4 años), entre otros.

Por eso, consideramos que debería aumentarse la pena que prevé el Anteproyecto para el delito de asociación ilícita, y quitar la mención a la pena máxima que deban tener los delitos que cometa dicha asociación.

DELITOS CONTRA LOS MERCADOS FINANCIEROS

Los delitos contra los mercados financieros en el Anteproyecto se encuentran redactados en los artículos 174 a 179.

En general se mantuvo la redacción actual de los artículos 307 a 312 del Código Penal. Sin embargo, es de destacar que **se establecieron penas de multa con escala** cuando en el Código actual se hace referencia a un monto equivalente a la operación, siendo esta redacción más coherente con la persecución de esta clase de delitos.

Respecto de la figura del *insider trading* –hacerse de información privilegiada–, el artículo 307 establece que será reprimido el que “suministrare o utilizare información privilegiada a la que hubiera tenido acceso en ocasión de su actividad, para la negociación, cotización, compra, venta o liquidación de valores negociables”. En el anteproyecto se agrega el requisito de que se suministre o utilice para lucrar o privilegiar, limitando de esta forma las acciones, por lo que **sería conveniente mantener la redacción original**.

Asimismo se eliminaron las agravantes del artículo 308 pero se mantuvo la escala penal de 1 a 4 años e inhabilitación de hasta 5 años, cuando **se podrían haber elevado las escalas penales**.

En el mismo sentido se mantuvieron las escalas penales del actual artículo 309 en el artículo 175 sobre manipulación del mercado y publicidad engañosa, pero se eliminaron las agravantes.